

REVISTA BRASILEIRA DE

Dupl.
**ciências
criminais**

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

ano 2 - n. 6 - abril-junho - 1994

6

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Composição no biênio 93/94 — **Presidente:** Luiz Flávio Gomes; **Secretário:** Antônio Magalhães Gomes Filho; **Secretário Adjunto:** Alberto Silva Franco; **Tesouraria:** Sylvia Helena Steiner; **Tesoureiro Adjunto:** Alberto Zacharias Toron; **Suplentes:** Alberto de Oliveira Andrade Neto, Laís Helena D. de Castro Pachi e Roberto Maurício Genofre.

Trimestral — ANO 2, número 6, ABR-JUN/94

Diretor: Alberto Silva Franco

Conselho diretivo: Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, José Henrique Pierangeli, Luiz Flávio Gomes, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Júnior.

Suplentes: Carlos Vico Mañas, Maria Tereza de Assis Moura e Rui Stoco.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Álvaro Busana; Luciana Ferreira Leite Pinto; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Roberto Delmano Júnior; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Diretoria Adjunta: Alberto de Oliveira Andrade Neto, Alvaro Busana, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, Ana Lúcia Sabatêl; 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, Lufza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Carlos Betanho, Luiz Fernando de Barros Vidal, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Marcio 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 Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Cesar Rebello Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto, Tatiana Viggiani Bicudo.

Colaboradores permanentes

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adauto Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor 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 Yarochelvsky, 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, Sídney 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 Cecília Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramirez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairolí 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

Diagramação: CHC INFORMÁTICA S/C Ltda., Rua Tabatinguera, 140, CEP 01020-901 - São Paulo, SP —
Impressão/Acabamento: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280, Tel. (011) 912-7822, CEP 070220-20 - Guarulhos, SP.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Nosso País atravessa profunda crise política, econômica e social com conseqüente agravamento das grandes diferenças existentes entre as diversas camadas da população e sensível prejuízo à precária estrutura do Estado. Não obstante, a democracia brasileira se mantém há vários anos e, necessariamente, formula severas críticas às instituições públicas e ao sistema legal, questionando sua capacidade de superar os urgentes e numerosos problemas.

Em tal panorama, é saudável e natural a crítica às Ciências Criminais, com o objetivo de reexaminar seus valores e incrementar sua atuação proveitosa no meio social.

Nessa ordem de idéias, o sexto volume da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* traz três primorosos artigos, na sua seção de Doutrina internacional. O Professor espanhol Carlos Gonzáles Zorrilla é o autor do primeiro estudo ("Para que serve a Criminologia?"), uma interessante exposição das transformações da criminologia, de ciência puramente causal-explicativa para uma ciência social, de eminente conteúdo crítico. O Professor espanhol Cerezo Mir assina o segundo ("Direito Penal e Direitos Humanos: Experiência Espanhola e Européia"), que trata da sempre atual discussão sobre a necessidade da análise do Direito Penal em conjunto com exame dos direitos humanos e garantias individuais. O terceiro e último é da autoria do renomado Professor alemão Winfried Hassemer ("História das Idéias Penais da Alemanha do Pós-Guerra") e representa verdadeira revisão do Direito Penal de seu País, do pós-guerra aos dias de hoje, fornecendo preciosas informações aos estudiosos a respeito da evolução da doutrina penal germânica, principalmente a partir da Reforma iniciada na década de 60.

O leitor encontrará, na seção "Doutrina Nacional", os ótimos trabalhos de Ada Pellegrini Grinover ("A Instrução Processual Penal em Ibero-América), Antônio Herman Benjamin ("A Repressão penal aos desvios do Marketing"), Fábio Bellucci-Odimir Fernandes-Carmen Lúcia da Silva-Henrique Rodrigues Clavésio-Ricardo Cunha Chimenti ("Crimes contra a Ordem Tributária"), Maurício Zanoide de Moraes-Maria Theresia Rocha Assis Moura ("Direito ao Silêncio"), Maria Lúcia Karan ("Aplicação da Pena: Por uma nova Atuação da Justiça Criminal"), Paulo Roberto da Silva Passos ("Algumas considerações críticas do movimento da nova Defesa Social"), e de Sérgio Salomão Shecaira ("Cálculo de pena e o dever de motivar").

O Conselho de Redação continua preocupado com a divulgação de peças forenses de peculiar interesse. Este volume traz, a propósito, sentença que tratou da difícil questão sobre a responsabilidade penal do médico anestesista. Contém as principais manifestações de rumorosa acusação de vilipêndio a culto religioso, envolvendo polêmico líder evangélico brasileiro. Por derradeiro, permite o acesso aos excelentes pareceres de Rogério Lauria Tucci e Damásio de Jesus (elaborado para o "Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciário", como justificativa de discutido indulto, comemorativo ao "Ano Internacional da Família").

Constitui novidade a inclusão de dois comentários sobre um mesmo tema ("Defensor *Ad hoc* e as Alegações finais") apresentando conclusões divergentes de seus autores, Marcos Gozzo e Roberto Podval.

Finalmente, recomendamos as demais seções permanentes que integram à "Revista Brasileira de Ciências Criminais", onde leitor encontrará a mais recente jurisprudência, interessante e diversificado material doutrinário e textos legais, novos ou pouco divulgados.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Para qué sirve la criminología? — Nuevas aportaciones al debate sobre sus funciones — CARLOS GONZÁLES ZORRILLA	7
Direito Penal e Direitos Humanos: Experiência espanhola e europeia — JOSÉ CEREZO MIR	26
História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra — WINFRIED HASSEMER. .	36

2. DOUTRINA NACIONAL

A instrução processual penal em Ibero-América — ADA PELLEGRINI GRINOVER	72
A repressão penal aos desvios do "marketing" — ANTONIO HERMAN V. BEN-JAMIN	87
Do crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, II, da Lei Federal 8.137, de 27.12.90 — GRUPO DE ESTUDOS DO SETOR DAS EXECUÇÕES FISCAIS	110
Aplicação da pena: Por uma nova atuação da justiça criminal — MARIA LÚCIA KARAN	117
Direito ao silêncio no interrogatório — MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA E MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES	133
Algumas considerações críticas ao movimento da nova defesa social — PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS	148
Cálculo de pena e o dever de motivar — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	161

3. PARECERES

Comissão Parlamentar de inquérito (Atuação — Competência — Caráter Investigatório) — ROGÉRIO LAURIA TUCCI	171
---	-----

4. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O quitandeiro do Ministro — RENÉ ARIEL DOTTI	186
--	-----

5. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

O recebimento da denúncia e o julgamento dos prefeitos compete ao Tribunal Pleno ou ao órgão fracionário do Tribunal de Justiça? — RUI STOCO	198
--	-----

6. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

A indispensabilidade do advogado no interrogatório — GRUPO PENAL DO SERVIÇO DE APOIO JURÍDICO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO	203
Determinação do regime prisional — MÁRCIO BÁRTOLI	211

O defensor "ad hoc" e as alegações finais em audiência — MARCOS GOZZO	214
O defensor "ad hoc" e as alegações finais em audiência — ROBERTO PODVAL....	218

7. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Intimação — Defensoria pública — Pessoaalidade — STF — HC 70.520-1 — 2. ^a T. — j. 19.10.93 — rel. Paulo Brossard	220
Competência constitucional — Art. 5. ^o , LIII da CF — Nulidade absoluta dos atos praticados — TACrimSP — RSE 796.461/4 — 10. ^a C. — j. 29.9.93 — rel. Juiz Sérgio Pitombo	224

8. EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR E FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO	227
---	-----

9. JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

Revisão criminal — GILBERTO PASSOS DE FREITAS	244
---	-----

10. DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

O erro médico e a responsabilidade do anestesista — Proc. 345/92 — 20. ^a V. — j. 7.2.94 — rel. Juiz Henrique Harris Junior	272
--	-----

11. TRABALHOS FORENSES

Vilipêndio a culto religioso e liberdade de culto	277
---	-----

12. PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Indulto especial — DAMÁSIO E. DE JESUS	288
Anteprojeto do júri — RENÉ ARIEL DOTTI	293

13. LEGISLAÇÃO

Reforma do processo penal	308
---------------------------------	-----

14. RESENHA BIBLIOGRÁFICA

A prova por indícios no processo penal — MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	316
Latrocínio — Marcelo Fortes Barbosa, 1994 — ÁLVARO BUSANA	318

1 — DOCTRINA INTERNACIONAL

PARA QUÉ SIRVE LA CRIMINOLOGÍA? NUEVAS APORTACIONES AL DEBATE SOBRE SUS FUNCIONES*

CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA

Profesor asociado de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. Objeto y función de la Criminología en la visión tradicional — 2. Crimen, criminalidad, criminales: Una ciencia a la búsqueda de objeto — 3. La prevención penal: Una praxis en búsqueda de justificación — 4. Algunas reflexiones personales acerca del objeto y función de la criminología: 4.1 La Criminología como ciencia empírica; 4.2 El inútil camino de la causalidad; 4.3 Más allá del crimen: el control como objeto de investigación; 4.4 El uso simbólico de la justicia penal; 4.5 La cárcel es un mal que no sirve para cumplir sus funciones instrumentales; 4.6 Aumentar los canales de integración social — 5. Bibliografía.

1. Objeto y función de la Criminología en la visión tradicional

Preguntarse acerca de cuál sea la *función* (o *las funciones*) de la Criminología significa, obviamente, preguntarse por cuál sea el *objeto* de la misma. Hasta hace relativamente poco tiempo (unos 20 años) la respuesta a esa pregunta era sencilla: la Criminología es, se decía, la ciencia empírica que trata del crimen, de los criminales y del tratamiento y prevención del comportamiento criminal (Kaise, 1978 p. 19; Göppinger, 1975 p. 1; Leauté, 1972 p. 13; Mannheim, 1975 p. 5). Las diferencias entre los diversos tratadistas del tema, podían encontrarse entonces en el énfasis puesto en uno u otro enfoque del problema (médico, legal, sociológico, etc.) o en la metodología utilizada para su estudio, pero parecía haber paz en cuanto a la materia a investigar. La *función de la Criminología* aparecía así clara: suministrar conocimientos científicos sobre el crimen y sobre los métodos más adecuados para prevenirlo y tratarlo.

En los últimos tiempos, además se ha añadido, como objeto específico de la Criminología el estudio de la víctima (v. García Pablos, 1989).

Más tarde volveremos sobre las repercusiones que ha supuesto la consideración de esa nueva temática en el discurso criminológico. Ahora baste constatar que la vieja definición ha entrado en crisis. Han desaparecido la claridad y la paz en la materia; se ha roto el consenso sobre cual sea el objeto de criminología, y con esa ruptura se ha extendido la duda, cuando no la confusión, sobre qué *es* la Criminología. Y, obviamente, si no está claro qué *es*, menos clara habrá de estar la respuesta a la pregunta sobre cuáles son sus funciones.

A continuación me propongo analizar brevemente los avatares más significati-

* El presente texto recoge de forma ampliada y corregida el texto de la Conferencia dictada en el XLVI Curso Internacional de Criminología, celebrado en Barcelona los días 28, 29, 30 y 31 de octubre de 1991.

vos de la discusión científico-política que ha acabado con las viejas certidumbres.

Para ello me detendré separadamente en la discusión referente al *crimen* por um lado y a su *tratamiento y prevención* por el otro, para acabar con algunas reflexiones personales sobre las tareas de la Criminología en los momentos actuales.

2. Crimen, criminalidad, criminales: Una ciencia a la búsqueda de objeto

Aunque el estatuto de *ciencia* no lo adquirió la Criminología hasta más tarde, acostumbra hoy a situarse el nacimiento del pensamiento criminológico en las aportaciones del Iluminismo, sobre todo a partir de la sistematización realizada por Beccaria. No debo extenderme en sus análisis porque es de sobre conocido, pero vale la pena recordar sus caracteres esenciales, no sólo para situar el origen de la discusión sobre el objeto de la Criminología, sino porque, como veremos más adelante, una de las aportaciones a la discusión en los últimos tiempos, se ha basado precisamente en la recuperación de los valores e ideales de la escuela liberal clásica, lo que se ha llamado la vuelta al "neoclasicismo".

Para la escuela clásica, el crimen, el delito, es una entidad jurídica que existe sólo como categoría de comportamiento sancionado por la ley en la medida que supone una violación del "contrato social": La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social" (Beccaria, 1982, pp. 29-30).

La escuela liberal clásica distingue a continuación claramente entre *fundamento* y *fin* de la pena. (Robert, Ph., 1984, pp. 503 y ss.). El *fundamento* de la pena se halla en la culpabilidad del sujeto, que ha utilizado su libertad para violar el derecho de otro. El *fin* de la pena se

reduce a impedir en el futuro la violación de la ley por parte del delincuente y sobre todo, por parte de los demás ciudadanos. La medida de la pena habrá de ser pues, la proporcionalidad con el daño causado y su utilidad para lograr la intimidación de los individuos: "Hemos visto que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos... El fin (de las penas), pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que *guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres* y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo" (Beccaria, pp. 38 y 46).

Dejaré para más adelante, al hablar del control del delito, los principios de política penal que se derivan de esa concepción. Ahora lo que nos interesa retener a efectos de analizar cuál es el objeto y la función de la Criminología para la escuela clásica es que la responsabilidad de establecer *qué* es el delito se deja a la ley y a la voluntad de los legisladores (y por tanto, no es objeto de investigación empírica); que la responsabilidad de establecer *quiénes* son los criminales se deja a la voluntad y libertad de los criminales mismos basándose en la libertad e igualdad de los sujetos del derecho. *Criminales y no criminales no son distintos*. La tarea del criminólogo (que se confunde con la del legislador o la del juez) será pues la de hallar la justa medida del castigo correspondiente al daño social y que suponga sólo un ligero exceso con respecto al beneficio que comporte el delito.

Como sabemos esta acabada concepción filosófica y política se vio atacada por las corrientes del positivismo que parte de presupuestos y llega a conclusiones radicalmente diferentes de los de la etapa anterior.

Como há puesto de relieve De Leo (1984, pp. 23 y ss.), la base de sentido común, moral y filosófica a la cual el positivismo tenderá a dar cuerpo está constituida por la idea de que el bien y el mal deben ser distintos, que deben existir signos reconocibles que identifiquen el malvado con respecto al bueno, al anormal con respecto al normal, al enfermo con respecto al sano. En definitiva, que los delincuentes son distintos de los no delincuentes y que adecuadamente estudiados, podemos identificar sus signos distintivos.

Esa corriente de pensamiento que arranca a principios del S. XIX y ha llegado, con formulaciones y matices diversos, hasta nuestros días, hace del *criminal* y no del delito, el objeto de estudio; el *crimen* no es sino la expresión *necesaria* de una personalidad no libre, sino determinada por factores de orden antropológico, físico, psíquico o social identificables y reconocibles; el *fundamento* de la reacción penal no se halla en la culpabilidad sino en la *peligrosidad* del sujeto y su *fin* ha de ser la neutralización de ese peligro, bien sea mediante el aislamiento, bien mediante la *cura* o *rehabilitación*. La medida del castigo (que, al menos en las versiones correccionalistas, ya no es castigo sino terapia) habrá de ser tan solo la necesidad de control o de tratamiento mientras persista la peligrosidad del sujeto.

Sin entrar de nuevo ahora en las consecuencias que esa concepción implica en lo que concierne a las modalidades y formas de control, lo distintivo del positivismo en sus múltiples corrientes es que el crimen, por decirlo así, se *ontologiza*, se convierte en un dato objetivo, preconstituido, un ente natural que puede ser observado, aislado y estudiado de forma similar a como se estudian el resto de los fenómenos de la naturaleza.

La Criminología, de raíz positivista, es por eso una Criminología *etiológica*. La función del criminólogo consiste en

suministrar conocimientos acerca de las *causas* del delito y acerca de las características de sus autores.

La contradicción de este enfoque de la cuestión criminal es que, mientras se considera al crimen como un ente objetivo, natural, se aceptan sin discusión las normas legales e institucionales que lo definen. El resultado es que se produce una *cosificación* de los resultados de esas definiciones normativas, tomándolas por *cosas* existentes al margen de aquellas. Como ha puesto de relieve Baratta (1985, p. 28) ello comporta una grave consecuencia: los elementos para construir una teoría de la criminalidad se extraen observando solamente una parte de los fenómenos concernientes a ella. Justamente la parte que ha sido seleccionada por los mecanismos institucionales y sociales de definición, los cuales, según la hipótesis de que parte la Criminología etiológica, deberían ser indiferentes para la existencia de su objeto de investigación, es decir, el crimen.

En definitiva, la Criminología etiológica, incluso en sus versiones más modernas a través del enfoque multifactorial, se ve obligada a una *función* auxiliar del sistema penal, del cual extrae su objeto de estudio, sea la "criminalidad" a través de las definiciones y estadísticas policiales y judiciales, sean especialmente "los criminales" seleccionados a través de la institución de la prisión.

Como sabemos, esta visión del problema ha experimentado, sobre todo a partir de las aportaciones de Durkheim un cambio importante, en la medida que tanto el enfoque estructural-funcionalista, la teoría de la asociación diferencial, la teoría de las subculturas, etc. han partido de un presupuesto contrario al del primer positivismo, a saber: que el criminal no es ni anormal ni enfermo, y que lo que hace, y porqué lo hace debe ser estudiado sobre la base de los mismos factores que explican el comportamiento no criminal.

Ahora bien, si bien es cierto que no es en el individuo delincuente o mejor dicho, en sus rasgos de anormalidad, donde hemos de buscar las causas del delito, no es menos cierto que estos enfoques siguen siendo enfoques *etiológicos* en la medida que tratan de hallar esas causas en una estructura social desigual marcada por la distancia entre metas y medios legítimos, y en los procesos de socialización de los individuos que viven en esa situación "anómica".

La función de la Criminología, según estos enfoques será estudiar las causas sociales del actuar delictivo y proponer (en unos momentos, no lo olvidemos, en que se afirma el llamado Estado del bienestar) que sea la sociedad quien se haga cargo de las consecuencias de la desigualdad.

El criminólogo adquiere así un papel de reformador social, que como luego veremos se va a poner en cuestión con la crisis del "Welfare". Pero esa tarea de pedagogo o de suministrador de conocimientos y propuestas al sistema para prevenir y reformar las condiciones sociales en las que se desarrolla el crimen, se realiza sin cuestionar las definiciones legales e institucionales acerca de la criminalidad misma. Todavía la Criminología cuenta con un campo de investigación determinado y objetivable, aun cuando ese campo ya no sea el individuo aislado, sino el individuo situado en una determinada estructura social y cultural.

Esta visión, todavía consensual, que ve en la Criminología la ciencia de las causas de la criminalidad, se vio conmovida en sus cimientos mismos, por lo que se denominó en los años 60, un "cambio de paradigma" que dio lugar a lo que más tarde se conoció como *criminología crítica*.

Tampoco voy a entrar a analizar en profundidad los elementos esenciales de esa teoría o mejor de ese paradigma que — analizado cuidadosamente es mucho menos coherente y unitario en sus

posiciones que cuanto se ha querido ver por sus detractores. En sustancia, el paradigma de la "reacción social" o "paradigma de la definición" afirma que la criminalidad no es una realidad ontológica, sino el resultado final de procesos sociales e institucionales de control social, mediante los cuales se definen algunos comportamientos como desviados y se etiqueta a sus autores como delincuentes. El objeto de análisis de la criminología deja de ser así "las causas" del delito, para pasar a ser el examen de esos procesos. "Sobre la base del nuevo paradigma, la investigación criminológica tiende a desplazarse de las causas del comportamiento criminal, hacia las condiciones a partir de las cuales en una sociedad dadas las etiquetas de criminalidad y el status de criminal son atribuidos a determinados comportamientos y a determinados sujetos y hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional (procesos de criminalización). (Baratta, 1985, p. 28).

La cuestión criminal es analizada pues como el resultado de una doble selección: una primera selección opera sobre el plano de los comportamientos a criminalizar (o lo que es lo mismo, de los bienes jurídicos a proteger); la segunda opera sobre los individuos a quienes atribuir el estatuto de criminal, mediante un proceso de definición y estigmatización que, si se desarrolla con éxito, *construye socialmente* la propia personalidad del desviado o del delincuente. "Esos dos tipos de selección responde, no a la casualidad, sino a intereses precisos de producción y reproducción del dominio. La criminalidad es un "bien negativo" distribuido de forma desigual, pero no arbitraria. Es decir, se selecciona como criminales de forma prioritaria a los individuos pertenecientes a las clases inferiores, ya sea porque el derecho penal está construido de modo que tutela sobre todo los intereses de las clases superiores, ya sea en función de la tónica de funcionami-

ento y de la práctica concreta de las agencias de control social, desde la escuela, hasta la policía y los tribunales". (Pitch, 1989, p. 43).

En la base de ese modelo está pues la atribución al Estado — o al "poder" o al "sistema" — de la responsabilidad de la definición de la criminalidad y de los criminales basándose en precisos criterios de reproducción de una sociedad injusta. La función del criminólogo se mueve así en una doble tensión no siempre resuelta: si por un lado de la solución definitiva no puede esperarse más que un cambio radical de la estructura social, no es menos cierto que mientras dicha solución llega es necesario intervenir sobre el plano de las políticas penales y sociales presentes. Esa intervención deberá adoptar dos formas precisas: la una operativa, elaborando propuestas destinadas a aligerar el peso de la política penal con propuestas tales como la despenalización, descriminalización, descarceración, etc.; la otra, ideológica, destinada a ofrecer un marco de referencia teórico que desmonte el viejo discurso oficial sobre la criminalidad y los criminales, poniendo de manifiesto las mistificaciones y los estereotipos presentes en ese discurso y en las instituciones que lo han construido.

Como ha puesto de manifiesto recientemente Melossi (1991), esa visión del problema, presenta por un lado al *Estado como una abstracción absoluta*, — sin reparar en las contradicciones y conflictos de los grupos sociales que lo componen —, y por otro al *individuo*, débil y aislado, haciendo abstracción de las diversas posiciones de poder de los diversos actores sociales.

Esa visión parcial, impide abordar desde una posición de *gobierno* y no subalterna, la política de control social, que se mueve en cambio en la permanente sospecha de que todos os cambios reformistas, siguen en realidad a consolidar el papel del gran Leviatan. La alternativa pues, sólo puede estar en la transformación radical del

poder y en la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas.

"Una criminología radical exige una redefinición de su objeto de estudio, sus temas y sus objetivos. En el pasado nos hemos visto constreñidos por una definición legal del delito que nos restringe al estudio y, en última instancia, al control, de los "criminales" así definidos por la ley. Necesitamos una definición del delito que refleje la realidad de un régimen jurídico basado en el poder y el privilegio; admitir la definición legal del delito significa aceptar la ficción de la neutralidad de la ley (...) Una definición del delito socialista y fundada en los derechos humanos nos habilita para el examen del imperialismo, el racismo, el capitalismo, la discriminación sexual y otros sistemas de explotación que contribuyen a la miseria del hombre y privan a las personas de sus potencialidades humanas (...) Con una definición radical, fundada en los derechos humanos, la solución del "crimen" reside en la transformación revolucionaria de la sociedad y la eliminación de los sistemas económicos y políticos de explotación" (Platt, 1977).

Quizás ahí resida, en esa contradicción no resuelta entre "reformas" y "revolución", el nudo central de la crisis de esa visión y de la discusión actual sobre su redefinición. En la medida que la definición de los problemas sociales *reales* se relega al campo metafísico de las contradicciones del sistema capitalista, la aplicación de políticas en sentido "reformista y humanitario" son miradas con sospecha: Es la actitud que algunos han descrito gráficamente con la frase: Las reformas, no importa cuan liberales y bienintencionadas sean (especialmente si son liberales y bienintencionadas) conducen a una mayor represión y coerción (Cohen, 1988, p. 347).

Sin llegar a una conclusión tan drásticas, si es verdad que el alejamiento de la perspectiva de un cambio revolucionario

en los países industrializados, el auge de las políticas conservadoras y la reducción de los sistemas ligados al estado del bienestar han producido una situación de impasse que Gouldner ha expresado con claridad: "Con ello lo que se llega es a que los adversarios del sistema *no pueden* cambiarlo, en tanto que los defensores del sistema *no quieren* cambiarlo. Por tanto no es posible cambio racional alguno" (Gouldner, 1979, p. 41).

Esta visión ha dado paso a la aparición de dos nuevos modelos de aproximación a la cuestión criminal, ambos bajo el apelativo de "realistas". El primero de estos enfoques "realistas", (v. Young, 1986, pp. 393 y ss.), el que podríamos llamar conservador, sostiene que debe abandonarse el estudio de la causas de la criminalidad y en concreto la idea de que la criminalidad esté determinada por las condiciones sociales de privación. Según su interpretación, la mejora de las condiciones sociales ha producido un aumento considerable de la criminalidad, más que una disminución. De ahí que ellos descartan la idea de que pueda obtenerse una disminución de la criminalidad con un aumento de la justicia social.

Por otro lado, sostienen que si bien los pobres cometen más delitos que los ricos, también es cierto que sólo una pequeña parte de los pobres está envuelta en la criminalidad. El crimen depende pues, más de una opción moral individual, que de una situación social.

En definitiva, el objetivo de la política social será el de influenciar, en sentido negativo, esa opción moral hacia el crimen, a través de las adecuadas medidas intimidatorias. El programa concreto de acción, y por ende, la función de la criminología será hallar mecanismos que hagan la realización del delito más difícil para el delincuente, aumentando los riesgos de ser capturado, y establecer un sistema de punición apropiado y eficaz para restablecer el orden en la sociedad.

De alguna manera, como se ve, el viejo programa que para los iluministas, estaba cargado de elementos de progreso frente a una concepción religiosa de la criminalidad y un poder y discrecionalidad absolutos del monarca para imponer las penas, es ahora retomado como una propuesta que privilegia la consecución del orden a través del castigo, de la ejemplaridad de éste para prevenir el delito y de la responsabilidad individual del delincuente como fundamento de su punición.

El segundo de los enfoques, autodenominado "nuevo realismo de izquierda" pretende situarse a medio camino entre los realistas conservadores y la criminología crítica — a la que tachan de "idealismo de izquierda" —. En síntesis, los realistas de izquierda critican, tanto a la criminología crítica, como a los realistas de derechas su abandono del estudio acerca de las causas de la criminalidad. Si los primeros reenvían para ello a la contradicciones del sistema capitalista, los segundos simplemente desechan la posibilidad de hallar esas causas fuera de la pura libertad de elección del individuo delincuente. En consecuencia, según los nuevos realistas, se renuncia a analizar el fenómeno criminal como un problema social *verdadero* y se acaba por hacer el juego a las políticas conservadoras de la ley y orden.

La "base objetiva" de este realismo es el examen de los índices de victimización y la noción de "desigual vulnerabilidad de las víctimas". Las conclusiones de ese estudio son:

— Una parte relevante de la criminalidad (crimen callejero, violencia sexual, delitos contra la propiedad, etc.) se concentra en las franjas más marginadas de la sociedad.

— Para este tipo de delitos, también la victimización se concentra en los sectores más marginados, por lo cual, la relación delincuente-víctima es de tipo intra-grupal (pobres contra pobres).

— La función de los medios de comunicación no es la de *crear* el miedo a la criminalidad, sino que en todo caso pueden utilizar y amplificar ese miedo:

“El crimen (para los mass-medias) se convierte en una metáfora, pero es una metáfora, anclada en la realidad” (Young, 1986, p. 409).

Las causas del crimen afirman, no deben hallarse en la pobreza, en términos absolutos, sino en lo que ellos denominan “deprivación relativa”, esto es, en la comparación entre “un exceso de expectativas y las oportunidades que existen para realizarlas”. De ese sentimiento de sufrir una injusticia, nace el “descontento” (“discontent”) y de él el crimen, como respuesta egoísta (moralmente reproachable) a la deprivación relativa.

La función de la criminología, en esta nueva visión, será la de argumentar con la gente para distinguir la realidad de la fantasía, y para elaborar programas de intervención que restablezcan la cohesión y la unidad de una comunidad “desorganizada” por la persistencia del crimen callejero. Esos programas de intervención deben ser prioritariamente comunitarios, pero sin excluir el recurso al castigo y a la intervención del control formal (policía, cárcel, etc.) allí donde la comunidad no esté en condiciones de dar respuesta al fenómeno criminal.

Aparte de los peligros que esta visión comporta de recuperación de un enfoque meramente penal del fenómeno de la desviación y de la marginalidad, se ha reprochado a los nuevos realistas sus bases metodológicas. En efecto, aún suponiendo que las categorías de deprivación relativa (¿quién no ha experimentado al menos una vez al día un exceso de expectativas respecto a las oportunidades concretas de realizarlas?) y de “descontento” (¿a cuál de las múltiples modalidades de descontento se refiere?) lo decisivo es que ambos conceptos no nos dicen nada sobre *un problema de distinta naturaleza*, o sea, *el crimen*.

Al final para explicar el ligamen entre estos tres conceptos (deprivación relativa — descontento — criminalidad) se recurre a dar un salto atrás que nos lleva de nuevo a las viejas teorías de la anomia mertoniana (v. De Leo, 1987; Pitch, 1986). Para ese viaje no se necesitaban alforjas.

Y así llegamos al final de este breve reparo. ¿No ofrece la impresión de una discusión circular que da vueltas en torno a los mismos temas sin encontrar la salida? Responsabilidad individual — responsabilidad social — y de nuevo responsabilidad individual; causas — procesos — y de nuevo causas; crimen — criminalización — y de nuevo crimen. No extrañe que no sea fácil hablar con este panorama, de cuáles sean las funciones de la criminología.

Desgraciadamente el análisis de la segunda parte de la definición, la que se refiere a la prevención y el tratamiento de la criminalidad no nos ofrece un panorama más alentador

3. La prevención penal: Una praxis en búsqueda de justificación

Volvamos de nuevo hacia atrás en la historia de la Criminología, para tratar de descubrir los aspectos esenciales del discurso penal acerca de la prevención y del control del crimen.

Como ha puesto relieve Philippe Robert (1984, pp. 502 y ss.), esa dualidad prevención-tratamiento, en realidad puede unificarse: La prevención (o al menos, una cierta clase de prevención) ha sido la finalidad constante de la construcción jurídico-penal.

Como antes recordaba, de los postulados en los que se basaba la escuela liberal clásica, se derivaban dos principios fundamentales de la política penal: El primero consistía en la proporcionalidad de la pena respecto al delito. El segundo respondía al criterio del menor coste: el

castigo es legítimo solo cuando es indispensable para lograr la disuasión, es decir, sólo cuando representa un ligero exceso con respecto al delito. Todo castigo que vaya más allá de esa medida de necesidad es tiranía, en cuanto excede el contrato social.

También hemos visto ya anteriormente que el positivismo criminológico dio la vuelta a esos principios. La prevención ya no adopta la forma de disuasión dirigida a todos los ciudadanos (prevención general), sino que se dirige al autor del delito a fin de evitar que pueda reincidir (prevención especial); el aislamiento, la cura o la rehabilitación son ahora el objetivo de las penas, y en tanto no se dirigen a retribuir la culpabilidad del sujeto, sino a neutralizar su peligrosidad, su único límite ha de ser la necesidad: la pena habrá de ser, tan intensa o tan duradera como requiera el "tratamiento" del delincuente. Medir la pena en relación a la gravedad del delito sería tan absurdo como determinar previamente el tiempo que ha de durar la estancia de un enfermo en el hospital.

Esas dos concepciones, que representan construcciones ideológicas acabadas, completas, y que se enfrentan desde principios del S. XIX, han mantenido ese enfrentamiento, con formas diversas, pero con un contenido esencial invariable, hasta nuestros días: Justicia versus tratamiento; certeza versus flexibilidad; infracción versus necesidades; proporcionalidad versus asistencia, etc.

No voy a continuar con los avatares de la discusión histórica de estos temas. Me limitaré a presentar de forma resumida los perfiles de la discusión en los últimos tiempos, perfiles que han tenido como eje central la discusión sobre el papel de la prisión como expresión material y simbólica de la pena, del castigo.

Debo hacer, no obstante, una advertencia previa. La discusión que voy a presentar sobre la prisión y sus alterna-

tivas tiene relativamente poco que ver con la situación en nuestro país. Mientras otros países discutían sobre la crisis de la prisión, en el nuestro discutíamos sobre la amnistía para los presos políticos; mientras en otros países ponían en marcha proyectos comunitarios alternativos a la cárcel, nosotros discutíamos el contenido de la Ley General Penitenciaria; y por último, cuando en muchos países se cuestionan las alternativas comunitarias y comienza a hablarse de su fracaso, nosotros aún discutimos la posibilidad de introducir la *probation* en el (una vez más anunciado) Proyecto de Nuevo Código Penal. Por ello me centraré en la discusión sobre la prisión y sus alternativas más allá de nuestras fronteras (v. Larrauri, 1982).

La idea de sustituir parcialmente el control carcelario por un control "comunitario", esto es, de pasar de un control "segregativo" a un control "integrador" forma parte de la historia misma de la institución carcelaria, pero experimentó un impulso más decidido en las dos últimas décadas, sobre todo a partir de los años 60.

Cuatro fueron las razones que de un modo inmediato sirvieron de justificación a ese impulso:

a) La crisis de la prisión como instrumento de control

La masificación de la población penitenciaria, con la secuela de aumento de la violencia, difusión de enfermedades y ausencia de garantías de los derechos fundamentales no representaba sino la exteriorización de un fracaso más profundo: el fracaso de la cárcel para cumplir los objetivos de prevención, retribución y reinserción que históricamente había proclamado.

Una parte de la sociedad perdió su confianza en las posibilidades rehabilitadoras de la prisión y contemplaba hor-

rorizada el deterioro de los derechos humanos fundamentales de los internos; y esa desconfianza aumentaba en el caso de las penas cortas privativas de libertad, en las cuales los efectos destructores y desocializadores producidos por la cárcel superaban con creces los hipotéticos beneficios resocializadores.

b) La crítica a las instituciones totales y la difusión del asistencialismo

El enfoque de la desviación y el control proporcionado por el labelling approach, cuyo postulado esencial afirmaba que la desviación no es una realidad en sí misma, sino una etiqueta que los demás conseguían poner al desviado a través de un proceso de estigmatización, constituyó el primer eslabón del ataque teórico a los fundamentos del control penal en su versión carcelaria.

A esa crítica cabría sumar el análisis de Goffman sobre las instituciones totales y las aportaciones de la antipsiquiatría, que dieron como resultado un movimiento de desinstitucionalización de los enfermos mentales, movimiento que influyó a su vez en la tendencia a trasladar una argumentación similar a las instituciones penitenciarias (Goffman, 1970; Basaglia, 1971).

Por último, y como parte del llamado "Estado del bienestar", se produjo, sobre todo en la década de los 70, una extraordinaria difusión del asistencialismo, esto es, de la idea de ofrecer atención médica o social en el propio medio, a las personas o colectivos sociales más desfavorecidos o necesitados y que incluía entre sus presupuestos una compleja base conceptual en la cual los rasgos de la pobreza y la marginación y los de la desviación y la delincuencia quedaban a menudo equiparados.

Incluso en aquellos países, como el nuestro, en que el Estado del bienestar constituía simplemente una referencia

teórica, sin apenas ninguna transcendencia práctica, el asistencialismo seguía jugando un papel simbólico notable. "Incluso cuando el asistencialismo se reducía a una pura ideología, en la cual las imágenes y las orientaciones de principio no coincidían con la efectividad de la práctica, continuaba ejerciendo una influencia... en cuanto la intervención social en general tendía a asumir la función de control social en forma blanda sustituyendo los arcaicos modelos represivos" (Mosconi, 1986, p. 281).

c) La crisis fiscal del Estado y la relación coste-beneficio de la cárcel

También exigencias de carácter económico se vinieron a sumar a esa tendencia a desarrollar alternativas comunitarias a la prisión. El mantenimiento y la creación de nuevas cárceles y el coste que ello suponía para las arcas estatales en unos momentos de recesión económica vivida en Occidente desde principios de la década de los 70 empujaba a los Estados a la búsqueda de nuevos recursos de control más baratos y más "productivos" (Larrauri, 1982, p. 774).

De hecho, esa exigencia de racionalización económica no se materializó, ya que las alternativas comunitarias no disminuyeron las dimensiones de la institución penitenciaria como luego veremos, con lo cual el coste de dichas alternativas *se sumó* al coste de las prisiones, pero, una vez más, el argumento parece haber jugado un papel simbólico, al margen de su efectiva realización práctica.

d) La búsqueda de una nueva legitimación del control penal

Acompañando a todos esos fenómenos citados, también en el interior mismo del discurso penal se produjo una crisis paralela que afectaba a los cimientos mismos en los que se venía asentando.

La crisis de la prisión significó también, de manera inevitable, una crisis de los fines del Derecho penal, tradicionalmente vinculados a la institución penitenciaria como forma nuclear de la respuesta punitiva.

A la sinrazón de una respuesta penal basada en el retribucionismo se sumó indemostrabilidad empírica del efecto de prevención general de la normas penales y, en cambio, la vivida sospecha cuando no la certidumbre del fracaso clamoroso de la prevención especial, al menos en su vertiente rehabilitadora o resocializadora.

Por ello se asistió no sólo a discusiones doctrinales acaloradas sobre las bases de una nueva legitimación del Derecho penal (sin excluir, obviamente, la posibilidad de prescindir totalmente del instrumento penal), sino, lo que es más importante, a nuevos intentos de relegitimar el control por parte del Estado.

Todo este conjunto de planteamientos empujaron, pues, en la dirección de buscar alternativas comunitarias a las penas privativas de libertad.

Pero como ya antes les adelantaba, la ejecución de esas alternativas, sus resultados prácticos, y aún su filosofía de fondo, fueron rápidamente sometidas a revisión. Las críticas, o mejor dicho, las críticas de carácter *liberal* dirigidas a las alternativas comunitarias (las críticas *conservadoras* simplemente se referían a su coste e inutilidad para lograr descensos apreciables de los índices de reincidencia) se centraron en los siguientes puntos:

a) *Aumento del control*: Aunque todo este conjunto de medidas alternativas comunitarias, con sus diversas variantes, se planteaban como objetivo la disminución del tamaño, alcance e intensidad del sistema de control formal o, al menos, del extremo duro de este control — la cárcel —, la experiencia práctica puso del relieve que lo que en realidad se produjo es un crecimiento del tamaño e intensidad

de la “red” penal, por utilizar el símil de Cohen:

“1. En primer lugar, hay un incremento del número de desviados atrapados en el sistema; muchos de ellos son nuevos que no estaban siendo procesados anteriormente (redes más anchas).

2. En general, hay un incremento de la intensidad de la intervención de los desviados antiguos y nuevos, sujetos a unos niveles de intervención (incluida la institucionalización tradicional) inexistentes anteriormente (redes más duras).

3. Nuevos centros y servicios están completando más que reemplazando los sistemas de control originales (redes distintas)” (Cohen, 1989, p. 74).

En concreto, parece evidente ya que ninguna de estas alternativas logró disminuir los índices de encarcelamiento: “Al contrario, la dimensión comparada de las tendencias carcelarias fueron en sentido opuesto: más medidas alternativas, más encarcelamiento. Se denunció que la experiencia de la alternativa a la cárcel, en los hechos, no se mostró en absoluto una alternativa al “estado de privación de libertad”, y que las medidas alternativas no fueron aplicadas “en lugar” de la cárcel, sino “junto” a la cárcel” (Pavarini, 1989, p. 122).

Si, como se apuntaba, las medidas alternativas no supusieron una disminución efectiva de los encarcelados, sino un aumento de los mismos, habría que convenir en que dichas medidas cumplieron ideología, esto es, como mistificación de la realidad — de cobertura de una eventual expansión del control en general y del sistema penitenciario en particular.

b) *La selección de los destinatarios*: Las investigaciones han puesto de relieve que, en general, las medidas alternativas se aplicaron a los sectores de población

de clase media, que contaba con adecuados recursos familiares, económicos, laborales, etc. Muchos de los servicios o instituciones que prestan este tipo de asistencia estaban incluso diseñados para admitir solamente sujetos dotados de dichos recursos, y de hecho, la dinámica que en ellos se siguió resultó imposible de seguir para sujetos que no alcanzaron un determinado nivel de preparación cultural o profesional.

Ello, además de haber excluido de su ámbito de aplicación a la mayoría de la población carcelaria tradicional formada por individuos pertenecientes a los sectores sociales más deprivados y marginados, supuso un endurecimiento del control para el resto. En efecto, como dice Larrauri (1982, p. 776), "para ese sector que ya se veía normalmente excluido del sistema carcelario, el control de la comunidad vino a representar generalmente la obligatoriedad de participar en algún tipo de programa educativo — terapéutico — rehabilitador sito en la comunidad... En otras palabras, el control de la comunidad supuso un endurecimiento de las condiciones en que se concedió la probation o parole".

c) *Posibilidad de aumento de la población penitenciaria futura*: El hecho de que a las condiciones tradicionales de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena exigida tradicionalmente, tanto en los sistemas anglosajón de probation como en el continental del sursis, se añadían condiciones específicas de participación en determinados programas terapéuticos o rehabilitadores, hacía más probable que el incumplimiento de alguna de estas condiciones impuestas llevara al sujeto a la cárcel en el futuro. La consecuencia no dejaba de ser paradójica: además de que no suponía una disminución de la población penitenciaria, la aplicación de las alternativas a la prisión podría haber representado un aumento de esa población en el futuro.

d) *Privatización y disminución de las garantías*: El hecho de que muchas de estas alternativas quedasen confiadas al sector privado representaba un riesgo de generar fenómenos especulativos y prácticas clientelares incontroladas o que podían dar lugar a formas de control y de restricción más rígidas incluso que las estructuras cerradas y al margen de cualquier control jurisdiccional.

Aunque otros autores pusieron de relieve su sospecha de que, en realidad, esas agencias tenían poco de privadas, en cuanto recibieron abundantes subvenciones de fondos públicos y en las mismas trabajaban profesionales seleccionados en términos similares a los que operaban en el sistema central de la justicia penal, nadie puso en duda la falta de adecuados mecanismos de control jurisdiccional de su actuación, teniendo en cuenta sobre todo las condiciones de extrema dureza del control ejercido por alguna de ellas (Pavarini, 1986).

Pero, además, la utilización de estos servicios e instituciones en funciones de control extrapenitenciario tendieron a privilegiar las estructuras más cerradas y convirtieron a los profesionales de esos servicios en apéndices del aparato central de control, haciéndoles asumir un papel para el que no estaban destinados y que podían poner en peligro la labor de atención y ayuda que pregonaba su puesta en marcha.

En definitiva, una vez más, todo este conjunto de críticas han puesto en duda no sólo los resultados prácticos del movimiento descarceratorio, sino incluso sus propias premisas ideológico-políticas. Ello ha dado lugar a la aparición de dos nuevas tendencias contrapuestas.

Por un lado, la crítica a la intromisión por parte del movimiento descarceratorio en todos los ámbitos de la vida social, su capilarización, la extensión del control terapéutico y la ausencia de garantías individuales que comporta, ha provocado un movimiento de reivindicación del

ámbito de las garantías del ciudadano, frente al control estatal lo que se ha llamado el "modelo de justicia" y un nuevo impulso de las teorías neoclásicas en la recuperación de valores como la certeza y proporcionalidad de las penas, etc. La crisis del estado asistencial, ha producido, al mismo tiempo, un fortalecimiento de objetivos reformistas o de intervención asistencial y enfatizando nuevamente las teorías de la prevención general (Larrauri, 1989, p. 97).

La otra orientación, de signo opuesto al anterior esta representada por los abolicionistas. El movimiento abolicionista lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo del "etiquetamiento". Para el abolicionismo el crimen no es solamente un estigma distribuido de forma arbitraria y selectiva, sino que además sirve para enmascarar los conflictos realmente existentes y expropia a los propios actores del conflicto la capacidad de resolverlo.

La *víctima* adquiere en este nuevo enfoque un rol central: La actual situación de las víctimas expropiadas e ignoradas por la justicia penal, recobrarían un nuevo protagonismo con la abolición del sistema penal mismo. Ello permitiría que víctima y ofensor pudieran estar en disposición de abordar su "conflicto" personalmente, en un proceso de comunicación cara a cara, donde los "reales" problemas de ambos podrían aflorar en términos concretos y no abstractos (Pitch, 1989, p. 54). Obviamente este modelo supone una reivindicación de la comunidad participante en la resolución de los conflictos y que recupera así la función reguladora y de control social primario que hoy le ha sido arrebatado por el Estado.

No puedo, en el contexto de este trabajo, desarrollar en profundidad, las críticas que se han hecho a este nuevo modelo epistemológico: su reivindicación de una comunidad que no existe en la realidad; su ingenuidad al suponer que el Estado

pudiera abandonar el monopolio del control penal que constituye la esencial misma de su existencia; su idealismo acerca de las posibilidades de restitución total del protagonismo del conflicto a las víctimas; el peligro de dar lugar a formas de restitución no garantista, etc.

Lo que si me importa señalar es que ese brevísimo panorama que acabo de trazar, parece sumirnos de nuevo en un círculo interminable, en el que los criminólogos, como modernas Penélope, parecen dedicarse a destejer por la noche lo que laboriosamente ha ido tejiendo durante el día, en una tarea interminable y agotadora.

Y, sin embargo, no sería justo concluir con la sensación de que todo ese esfuerzo de pensamiento, de conocimientos, de discusiones ha sido banal. Creo que algunas cuestiones aparecen hoy más claras que ayer, que algunos estereotipos han sido definitivamente destruidos, y que, si bien no podemos decir que hayamos encontrado mejores respuestas, si podemos afirmar que tenemos mejores preguntas que hacernos. A intentar formular algunas de esas conquistas e interrogantes, va destinada la última parte de este trabajo.

4. Algunas reflexiones personales acerca del objeto y función de la Criminología

Probablemente, si alguna lección podemos extraer de la evolución del pensamiento criminológico, sea la necesidad de abandonar la búsqueda de absolutos metafísicos y certezas.

"Ni las certezas políticas, ni las científicas pueden substituir la difícil decisión de realizar opciones morales" (Cohen, 1988, p. 354).

Por eso retomaré una vez más la vieja definición sobre la Criminología para hacer una nueva lectura de su objeto y

método, con el fin, no de desvelar la solución del enigma, sino de reflexionar acerca de las dudas y los interrogantes que nos asaltan.

4.1 La Criminología como ciencia empírica

Esa parecía ser la primera señal de identidad de la Criminología: su carácter de ciencia empírica (empírico-experimental decían otros).

En un país como el nuestro, tan poco acostumbrado a la investigación empírica, la necesidad de contar con un instrumento que nos dé cuenta de la realidad *tal como es*, parece incuestionable. Nada que objetar pues al carácter de ciencia empírica de la criminología. Ahora bien, en Criminología, "objetividad científica" ha sido demasiado a menudo sinónimo de determinismo. La "objetividad" y por tanto, la certeza de los datos se contraponía a la relatividad y opinabilidad de las opciones valorativas, sin reparar que, precisamente porque los datos, ni se recogen, ni se interpretan ellos solos, en el interior de los argumentos empíricos y determinísticos se hallaban, más o menos escondidas, teorías e ideología. (Ponti-Merzagora, 1985, p. 23). Cuando hoy repasamos las viejas evidencias empíricas que *demostraban* de forma *incuestionable*, por ejemplo, el ligamen entre raza y crimen, nos damos cuenta cuantas veces el recurso a la ciencia ha servido para esconder perjuicios racistas. Por cierto que hoy, — más tarde les pondré un ejemplo —, pareceremos estar asistiendo a una nueva manifestación de esa vieja historia de racismo.

En definitiva, lo que quiero decirles es que, probablemente, el recurso a los datos, cada vez más sofisticados, no nos debe hacer olvidar que es falaz intentar encontrar en la ciencia peligrosos soportes de certeza absoluta, y que por lo tanto, es preferible reconocer la contingencia de nuestras conclusiones científicas y poner

de manifiesto las opciones ideológicas que se encuentran tras ellas.

4.2 El inútil camino de la causalidad

Esa advertencia anterior, sobre la inevitabilidad de tener en cuenta las opciones políticas e ideológicas implícitas en nuestras investigaciones es, por otro lado, un rasgo común a todas las ciencias sociales, pero creo que es particularmente relevante en el caso de la investigación criminológica.

Creo que una de las conquistas que nos ha dejado el interaccionismo y la llamada criminología crítica, es que el delito no es un ente natural, aislable e identificable como tal, al margen de los procesos de definición social y legal. Parece una verdad, hoy ya unánimemente aceptada que es imposible tratar de hallar una unidad "natural", ontológica, entre fenómenos tan dispares como los atracos a mano armada, el delito fiscal, la violencia doméstica o la prevaricación judicial. Que lo único que unifica ese conjunto de fenómenos heterogéneos es su definición como delitos, sin que exista una realidad ni psicológica, ni antropológica, ni social que los comprenda a todos ellos.

Y no sólo eso: la segunda de las adquisiciones irrenunciables del interaccionismo es, creo, que el propio hecho da la definición de esas conductas como delictivas y, desde luego, la reacción institucional que esa definición pone en marcha, contribuyen a su vez a definir, a modificar, a *crear*, el *problema social* que esas conductas representen.

En definitiva, lo que quiero decir es que la investigación y el análisis del fenómeno social que llamamos "crimen", no puede hacerse, sin estudiar el complejo proceso interactivo entre las *acciones* de los individuos dotadas de *significación social* por un lado, la *norma* que define esas acciones como aprobadas o desaprobadas, normales o anormales, conformistas o desviadas por otro, y la

reacción social que ponen en marcha (Lemert, 1981; De Leo, 1984).

4.3 Más allá del crimen: el control como objeto de investigación

De lo anterior se deduce también que el control social se convierte así en el objeto privilegiado de la investigación criminológica. Desde luego eso no supone caer en fáciles abstracciones reduccionistas que consideran el crimen como un ente artificial, producto sin más de los procesos de definición y etiquetamiento. Ya he dicho anteriormente que el fenómeno incluye tres variables indeliberables: acción social — norma — reacción social. Pero sí supone no convertirse en fáciles prisioneros de las definiciones legales y por lo tanto hacer abstracción de esas mismas definiciones a la hora de estudiar la realidad criminológica.

Creo que hoy es particularmente importante prestar atención a los procesos de criminalización de determinadas conductas (y al revés, al proceso de *no* criminalización de otras), a la aparición de nuevas categorías sociales de desviados y al resurgir de viejos conceptos como el de “peligrosidad social”, que en el contexto actual, adquieren una nueva dimensión y relevancia.

Y por lo mismo, creo que la criminología no puede seguir siendo la ciencia del *control penal* “tout court”, sino que el criminólogo, si quiere tener una visión de conjunto de los procesos de control social presentes en nuestra sociedad, ha de abarcar con su mirada fenómenos que hoy se encuentran en los márgenes de las definiciones del delito. Me refiero por ejemplo, a fenómenos tales como el de los extranjeros, o el de las toxicomanías, etc. Ambos, son imposibles de entender sin considerarlos en relación a los procesos que ligan la marginación, la exclusión social y la criminalización. Y, al revés, es imposible tener una visión cabal de

la criminalidad y su control, sin hacer referencia a los procesos de reacción social, formal e informal, que operan en relación a esas realidades “no delictivas”.

Y, más allá, la criminología como ciencia del control social (y no simplemente del control penal), ha de abarcar el estudio que se refiere al actuar de otras agencias del control, como las instituciones psiquiátricas, el trabajo social, etc., es decir, el conjunto de instancias implicadas en la distribución de servicios y recursos, pero que a su vez operan, creando definiciones de “normalidad” o “anormalidad”, de “bien” y de “mal” (Pitch, 1989, p. 23).

En ese sentido es evidente la necesidad de analizar cuidadosamente el papel de los medios de comunicación en esos procesos de definición. Sin entrar ahora en la discusión sobre si son los medios de comunicación los que *crean*, definiéndola, la desviación o simplemente se limitan a reflejar las ideas de la “la gente” sobre el crimen, aplicándolas, es evidente la necesidad de analizar en profundidad el papel de los medios de comunicación al respecto. Les pondré un ejemplo, extraído de una noticia del diario “El País”, del 30 de agosto de 1991, titulada “600 inmigrantes detenidos este verano en Madrid”:

“Seiscientos extranjeros pasaron a disposición judicial tras las operaciones policiales realizadas este verano en Madrid, principalmente en las zonas de la plaza de España y la Gran Vía. Estas 600 personas son parte de las 3.000 que fueron cacheadas en las redadas. *Otros 500 delincuentes* cayeron en la red policial en este período. Pese a esta ofensiva, la plaza de España era ayer un hervidero de *africanos, traficantes y drogadictos*, a los que la presión de la policía no parece inquietar.

Desde el 15 de junio hasta el 25 de agosto, agentes de la comisaría de Centro han montado un dispositivo especial en la zona de Gran Vía-Red de San Luiz-

Clavel-Víctor Hugo-Hortaleza, calles por las que permanentemente *pululan* todo tipo de *extranjeros*".

Queda claro, no sólo una actitud claramente marginalizante hacia los colectivos de inmigrantes (¿Porque ellos "pululan" mientras los demás andamos o paseamos?), sino su asimilación con la droga, el crimen, etc, como forma de exclusión y segregación social.

4.4 El uso simbólico de la justicia penal

Los procesos de criminalización a los que hace un momento me refería, no siempre encierran no obstante, el enmascaramiento de posiciones de dominio o de exclusión social hacia determinados colectivos vistos como "extraños", "distintos". A veces, como en el caso del movimiento feminista o ecologista, sus demandas de criminalización de las agresiones sexuales, de persecución de la violencia doméstica o de la efectiva protección penal del medio ambiente obedecen, o mejor dicho, tienen su *base objetiva* en problemas que tienen que ver con el abuso de posiciones de poder, bien derivadas de la identidad sexual o de situaciones económicas o institucionales. (v. Pitch, 1989, p. 84 y ss.).

En todos estos casos las demandas de criminalización, además de perseguir el objetivo de reducir la incidencia de estas conductas a través de la amenaza de sufrir una sanción, parecen buscar otra finalidad, también implícita en la criminalización: la de afirmar, con carácter "universal" una nueva jerarquía de valores alternativos sobre feminidad o sobre la conservación del planeta.

Paradójicamente en cambio, en la medida que esos movimientos (o al menos, algunas expresiones de esos movimientos) patentizan su reivindicación pidiendo la criminalización y presentándose como víctimas de una situación injusta, están sirviendo para *relegitimar* al derecho penal en su función más "dura", y en

definitiva, dando nuevos argumentos a los partidarios de acentuar los rasgos de prevención general de las leyes penales. En definitiva, ofreciendo nuevos argumentos a los partidarios de la ley y el orden, no frente a la violencia doméstica o la contaminación del medio ambiente precisamente, sino frente a los inadaptados, inmorales y peligrosos de siempre.

La otra consecuencia de esa utilización simbólica del derecho penal, como ha puesto de relieve Tamar Pitch, es que, para que un problema pueda ser criminalizado debe ser definido de forma precisa y rígida. La "violencia sexual" es "esto" y no otra cosa, o sea, es, aquello que la norma dice. Pero con ello la criminalización simplifica el objetivo, radicaliza y hace más rígido el conflicto. Tiene necesidad de producir una lógica amigo-enemigo, para la cual, necesita producir un clima de indignación moral.

Per con ello, lo que se produce es la *indivudialización* de la atribución de responsabilidad: el sistema penal opera con autores individuales. La consecuencia es que desaparece el contexto social, cultural y político en el que se produce el problema. Por ejemplo, las catástrofes ecológicas serán atribuidas a un culpable determinado, con lo que tiende a difuminarse la consideración de las mismas como resultado de un determinado modelo de desarrollo económico, etc. Es decir, que mientras se legitima el problema como un interés universal, se individualizan las responsabilidades. (Pitch, 1989, pp. 94 y ss.).

Aun cuando se trata de un problema con raíces e implicaciones diversas, creo que ese mismo análisis nos da algunas claves de interpretación para las recientes movilizaciones vecinales contra la droga, ocurridas en nuestro país en las últimas semanas, y la coincidencia con la discusión del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana que, entre otros dislates, propone la persecución del consumo de drogas.

4.5 *La cárcel es un mal que no sirve para cumplir sus funciones instrumentales*

La siguiente reflexión, que me parece hoy ya una verdad adquirida en el trabajoso proceso de clasificación epistemológica a que me he referido con anterioridad, se puede formular de manera muy simple: La cárcel es un mal, que no previene y no resocializa (Melossi, 1991).

Como ya hemos visto con anterioridad, la discusión en estos momentos parece más bien hallarse en si dicho mal es necesario o innecesario, pero no parece que hoy nadie ponga en cuestión el daño que la cárcel significa, y muy pocos creen todavía en que puede ayudar a prevenir la comisión de delitos.

Con frecuencia, cuando se dice esto, se produce entre algunos trabajadores penitenciarios un reflejo de rechazo e incomodidad. A menudo esos profesionales reciben esa afirmación como un reproche dirigido a su trabajo y a su función. Y sin embargo no es así. Lo cierto es que de la afirmación de que la cárcel es un mal, no se desprende la conclusión de que todas las cárceles sean iguales: Hay cárceles peores que otras y por tanto, la organización, el funcionamiento y la labor de los profesionales penitenciarios no es indiferente al resultado final.

Pero detrás de la afirmación de que la cárcel es un mal se encierra la constatación de una crisis que hoy parece insuperable: lo que está en cuestión no es el funcionamiento de tal o cual sistema penitenciario, sino la propia función social del castigo, al menos en la forma histórica que el castigo ha producido en la época moderna, esto es, la reclusión, la prisión. Hoy aparecen inconciliables las tradicionales funciones de custodia y de rehabilitación o resocialización y existe la cada vez mayor evidencia de que la primera de esas funciones, — la custodia, la reclusión — anula cualquier posibilidad auténtica de

realizar la segunda — la resocialización, la reintegración social —.

De esa constatación me parece que se deducen al menos tres consecuencias importantes:

La primeira, es que ello obliga a todos los que nos dedicamos de una u otra forma al estudio de la cuestión penal, a definimos sobre las diversas opciones político-criminales que la crisis de la prisión plantea. Bien entendido que ese posicionamiento no puede ser el resultado de una mera operación técnico-científica o la exclusiva consecuencia de una investigación empírica, sino que encierra, como antes decía, una opción política e ideológica que la honestidad intelectual me obliga a explicitar de la manera más clara posible.

La opción que yo sostengo es, que no siendo posible en mi opinión acabar hoy con la prisión como forma de la violencia institucionalizada, si es posible y deseable proceder a una drástica reducción cuantitativa y cualitativa del peso de la institución carcelaria.

Comprendo las razones del abolicionismo, y comparto con esa corriente del pensamiento criminológico su crítica a los fundamentos de la reacción penal tal como se produce en nuestros días. Pero en mi opinión, suprimir el derecho penal, tal como hoy lo conocemos y dejar la resolución de todos los conflictos que la criminalidad provoca, en manos exclusivas de la comunidad y de las víctimas, resulta una aspiración plausible, pero no me parece un programa político realizable. Suprimir, *en los actuales momentos históricos*, la reacción punitiva formalizada, podría hacer perder a sectores sociales muy amplios el sentimiento de "equidad", de "justicia" y de "rectitud". Y como ha dicho un autor:

"Si la gente pierde el sentido de que "las cosas funcionan" y de que están viviendo en una sociedad "equitativa y justa" puede generarse "rabia y escándalo",

lo que a su vez conduce a abandonar todas las preocupaciones humanitarias respecto de los delincuentes y en general, respecto de todos los grupos desfavorecidos" (Gaylin, 1983, p. 341).

Por eso me parece que, manteniendo como horizonte la idea de lograr "no un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal", según la vieja sentencia de Radbruch, un análisis concreto de las posibilidades presentes me inclinan por la opción llamada del "derecho penal mínimo".

Por derecho penal mínimo entiendo con Ferrajoli, lo siguiente:

"Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias — delitos, venganzas y puniciones arbitrias — que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos comunicadas". Es decir.. "la pena esta justificada como *mal menor* —, estos es, *sólo si es menor*, o sea, menos aflictiva y menos arbitraria — respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del *derecho penal* respecto a los costos de la *anarquía punitiva*". (Ferrajoli, 1986, pp. 39).

De esa comparación se deduce la necesidad y la conveniencia de reducir cuantitativamente el derecho, hasta el límite de su tendencial supresión. Pero mientras subsista la posibilidad de prevenir conductas indeseables de los ciudadanos mediante intervenciones y técnicas que limiten o anulen sus derechos y libertades, deberá subsistir el derecho penal con su complejo sistema de garantías derivadas del Estado de derecho.

Por ello, la tarea del criminólogo será la de suministrar datos, experiencias y propuestas que aumenten la tolerancia social a la desviación y que disminuyan la creencia (*profundamente errónea*) de que todos los problemas sociales pueden ser resueltos recurriendo a la amenaza del castigo.

Episodios recientes de intoleración social ante las minorías étnicas, los drogadictos o los extranjeros, en la medida que potencian la emergencia de legislaciones y prácticas penales cada vez más duras y menos garantistas (una de esas expresiones, la llamada Ley de Seguridad Ciudadana se está discutiendo en estos días en el Parlamento español), ponen de relieve como los sistemas punitivos se dirigen hacia una transformación en sistemas de control cada vez más informales y cada vez menos garantistas. Por eso tiene razón Ferrajoli cuando apunta:

Quizás lo que hoy es una utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto" (Ferrajoli, 1986, p. 44).

La segunda consecuencia a la que nos conduce la constatación de la crisis de la prisión, se refiere a la prisión misma. Tengo la impresión de que todavía no hemos tomado conciencia cabal de lo que significa hablar de la cárcel como un "servicio" público. Esa expresión "servicio" traduce un cambio de significación profundo de la tarea de todos los profesionales penitenciarios y, aún diría más, de la filosofía misma de la institución penitenciaria. Supone, a mi modo de ver, cambiar la vieja concepción "rehabilitadora" o de "tratamiento" en la que el detenido no es sujeto, sino *objeto* de la acción rehabilitadora que ejercitan instancias externas a él, a una concepción interactiva. Como ha dicho Baratta, se ha de pasar del concepto de *tratamiento* al de *reintegración social*, no "por medio de", sino "a pesar de" la cárcel.

"Esto significa reconstruir integralmente, como derechos del detenido, los contenidos posibles de toda actividad que pueda ser ejercida. Por tanto el concepto de tratamiento debe ser redefinido como *servicio* (Baratta, 1991, p. 91).

De esa forma, la promoción educativa y cultural, la salud y las condiciones higiénicas, el respeto a la individualidad

y a las peculiaridades culturales de los detenidos, el trabajo productivo, la apertura de la cárcel as exterior y del exterior a la cárcel, etc., son dimensiones de la actividad penitenciaria que aduieren una nueva dimensión si se leen como derechos de los *ciudadanos* que se hallan privados de libertad, muy distinta de si se leen como *recursos técnicos* para cambiarla forma de ser y de comportarse de los *delincuentes reclusos*.

Por último, la tercera consecuencia de la constatación de la crisis de la prisión, obliga a plantearse de forma también *pragmática* — pragmatismo moral lo llama Cohen — y el tema de las alternativas “blandas” al internamiento carcelario.

Sin ignorar las críticas a las alternativas comunitarias — que yo mismo he formulado en ocasiones — no podemos caer en el pesimismo inmovilizador de considerar que nada puede ser modificado y que cualquier mejora acaba por ser absorbida por “el sistema” con fines de aumento del control. Ese peligro existe, ciertamente, pero también hemos de ser justos y reconocer que algunas de esas alternativas, han servido para ofrecer oportunidades y ayuda a los perdedores, a los marginados, a los pertenecientes a ese sector social que antes llamábamos “pobres” y que hoy designamos con nombres técnicos enrevesados — “desviados”, “inadaptados”, “antinormativos”, etc. — y que constituyen esa masa de desheredados que pueblan nuestras prisiones.

Debemos exigir que las alternativas comunitarias sean realmente *alternativas* y no meros añadidos al control penal tradicional; debemos exigir que las alternativas comunitarias sean verdaderamente *comunitarias* y no meros apéndices del aparato de control penal; debemos exigir que las alternativas comunitarias sean *garantistas* y no se trate de una mera estafa de las etiquetas en la que, bajo la cobertura ideológica de que no es derecho penal, se enmascare un vaciamiento de las libertades y derechos de los

ciudadanos; debemos exigir que las alternativas comunitarias no supongan una excusa para que el Estado se desentienda de los problemas de los marginados, mediante el fácil recurso de traspasar esa responsabilidad a la comunidad.

Debemos exigir todo eso, pero una vez hecho, debemos exigirnos a nosotros mismos, no contribuir al aumento de la segregación y la exclusión social, incentivando, a veces involuntariamente, el fácil recurso a la prisión como única forma de respuesta al delito.

4.6 Aumentar los canales de integración social

De todas las tareas de la criminología, ninguna me parece más necesaria y más urgente que la de agrandar los límites de la tolerancia social e inventar nuevas formas y canales de comunicación y de integración de los desviados y de los marginados.

Quando asistimos hoy a fenómenos tales como el apaleamiento de toxicómanos, por el hecho de ser *visibles* socialmente, hemos de afirmar la conveniencia de establecer sistemas institucionales que hagan que problemas sociales como el de la farmacodependencia sean aún más visibles. Pero visibles para posibilitar su atención, no para crear alarma social.

Quando asistimos hoy a fenómenos como el rechazo y la intolerancia frente a las minorías étnicas o nacionales, basandose en su identificación con el crimen, hemos de reivindicar y aplaudir experiencias de integración de esos mismos colectivos en la comunidad, con formas flexibles que combinen la asistencia con la comunicación interactiva entre culturas, grupos e individuos.

Quando asistimos hoy a propuestas de política criminal que no sólo tienden a endurecer la intervención policial y punitiva, sino que incluso llegan a plantear la posibilidad de *militarizar* la intervención en determinados conflictos, tales como el narcotráfico o las inmigraciones masivas

(véase la noticia publicada en "El País" del día 28.10.91), se hace más urgente, trabajar para *normalizar* las actividades del control social, para extraerlas del clima de "guerra" en la que hoy parecen estar metidas, y para poner en primer plano, políticas que, creen auténticos vínculos de socialización y no espejismos de cohesión *social* basados en el rechazo de todo lo que es distinto, ajeno o problemático.

5. Bibliografía

- BARATTA, Alessandro (1985). "Sur la criminologie critique et sa fonction dans la politique criminelle", en *Annales Internationales de Criminologie*. N. 23.
- (1991). "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", en *Hacia el Derecho Penal del nuevo milenio*. Cuadernos INACIPE México.
- BASAGLIA, Franco (1971). *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale totale*. Einaudi. Torino.
- BECCARIA, Cesare (1982). *De los delitos y de las penas*. 3.ª ed. Alianza, Ed. Madrid.
- CÔHEN, Stanley (1988). *Visiones de control social*. Traducción de Elena Larrauri. P.P.U. Barcelona.
- DE LEO, Gaetano (1984). *Pisicosociologia della criminalità e della devianza*. Bulzoni ed., Roma.
- (1986). "Il crimine come problema e la sua spiezazione: nuovo realismo e oltre", en *Dei delitti e delle pene*. N. 3.
- FERRAJOLI, Luigi (1986). "El derecho penal mínimo", en *Poder y Control*. N. 0.
- GARCIA PABLOS, Antonio (1989). *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa-Calpe. Madrid.
- GAYLIN, Willard (1983). "The Killing of Bonnie Garland: A Question of Justice", cit., por Còhen, Stanley (1988). *Visiones de control social*. P. P. U. Barcelona.
- GOFFMAN, Erving (1970). *Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales*. Amorrortu, Ed. Buenos Aires.
- GÖPPINGER, Hans (1975). *Criminología*. Reus. Madrid.
- GOULDNER, Alvin W. (1979). "The future of the Intellectuals and the Rise of the New Class", cit., por Còhen, Stanley (1988). *Visiones de control social*. P. P. U. Barcelona.
- KAISER, Günther (1978). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Espasa-Calpe. Madrid.
- LARRAURI, Elena (1982). "Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fasc. III.
- (1989). "Abolicionismo del derecho penal: Las propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y Control*. N. 3.
- LEAUTÉ, Jacques (1972). *Criminologie et science pénitentiaire*. Presses Universitaires. Paris.
- LEMERT, Edwin M. (1981). *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*. Giuffrè. Milano.
- MANHEIM, Hermann (1975). *Trattato di Criminologia comparata*. Einaudi. Torino.
- MELOSSI, Dario (1991). "Ideologia e diritto penale", en *Dei delitti e delle pene*. N. 1.
- MOSCONI, Giuseppe (1986). "Riferimenti per una alternativa reale al carcere", en *Dei delitti e delle pene*. N. 2.
- PAVARINI, Massimo (1986). "Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional", en *Poder y Control*. N. 0.
- (1989). "La cárcel en Italia entre voluntad de descarceración y necesidades disciplinarias", en *Poder y Control*. N. 3.
- PITCH, Tamar (1986). "Viaggio attorno alla criminologia". "Discutendo con i realisti", en *Dei delitti e delle pene*. N. 3.
- (1989). *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Feltrinelli. Milano.
- PLATT, Tony (1977). "The future of the Intellectuals and the Rise of the New Class", cit., por Còhen, Stanley (1988), en *Visiones de control social*. P. P. U. Barcelona.
- PONTI, Gianluigi. MERZAGORA, Isabella (1985). "Riflessioni epistemologiche sulla criminologia", en *Rassegna di Criminologia*, v. XVI, fasc. 1.
- ROBERT, Philippe (1984). "Gli effetti della pena per la società", en *Dei delitti e delle pene*. N. 3.
- YOUNG, Jock (1986). "Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale", en *Dei delitti e delle pene*. N. 3.

DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS: EXPERIÊNCIA ESPANHOLA E EUROPEIA*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Saragoça — Espanha

1. O reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem política e da paz social — 2. Direitos e liberdades — 3. Colisão de Direitos fundamentais — 4. O princípio de legalidade — 5. A inconstitucionalidade das medidas de segurança pré-delitivas — 6. O princípio de culpabilidade — 7. Fundamento e fins da pena no Estado Social e Democrático de Direito.

1. O reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem política e da paz social

O art. 1.º, 1, da Constituição espanhola enuncia: “A Espanha constitui-se em um Estado social e democrático de Direito, que afirma como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”. De seu turno, no art. 10,1, proclama-se: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

A referência à dignidade da pessoa humana é transcendental, pois, segundo os jusfilósofos das mais diversas tendên-

cias o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade *a priori*.¹ Isto se o Direito não quer ser mera força, mero terror, se quer

1. V. nesse sentido, por exemplo, Welzel, *Vom Irrenden Gewissen*, Mohr, 1949, p. 28; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., 1962, pp. 239-40; H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 188 e ss.; Maihofer, *Recht und Sein, Frankfurt am Main*, Klostermann, 1954, p. 92; “Die Würde des Menschen als Zweck des Staates”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1972, n. 12, fasc. 2.º pp. 38 e ss.; Eb. Schmidt, *Gesetz und Richter, Wert und Wnwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952, p. 19; Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2.ª ed., Tübingen, 1958, pp. 91 e ss.; Würtenberger, *Dies geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Verlag, Karlsruhe, 2.ª ed., 1959, pp. 26 e ss.; A. Verdross, “Die Würde des Menschen in der Abenländischer Rechtsphilosophie”, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, I, Europa Verlag, Viena, 1968, pp. 838 e ss., especialmente, pp. 842 e ss.; E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, 1975, especialmente, pp. 206 e ss., 227 e ss., e 232 e ss.; e Christian Stark, “Menschenwürde als Verfassungsgarantie”, in *Cristianesimo, secolarizzazione e Diritto moderno*, Giuffrè, Milão, 1981, pp. 805 e ss.

* Conferência proferida no auditório da APAMAGIS, São Paulo, em 23.11.92, no Seminário Internacional sobre Estado Democrático de Direito e Direito Penal (tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Saragoça, Espanha; Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá; Promotor de Justiça e Membro de IBCCRIM).

obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é). O Direito já tem força obrigatória por sua simples positividade, por sua virtude de superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil, mas em caso de violação grave do princípio material de justiça, de validade *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça será necessário negar-lhe o caráter de Direito. Não basta para tal, qualquer infração ao princípio material de justiça para privar de obrigatoriedade ao Direito, é preciso que se trate de algo muito grave. Adota-se aqui, portanto, um critério diferente do mantido pelos jusnaturalistas, segundo o qual todo preceito que seja contrário a um pretensão Direito natural carece de obrigatoriedade.

O respeito à dignidade da pessoa humana aparece na mencionada corrente da moderna Filosofia do Direito européia, como limite imanente ao Direito positivo. Considera-se, como já observava Radbruch, que não há outro Direito que o Direito positivo, mas nem todo Direito positivo é Direito. Há preceitos que ainda que emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força não possuem a obrigatoriedade em razão da consciência, não são Direitos, se constituem uma grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana.

2. Direitos e liberdades

Em nossa Constituição, a Constituição espanhola de 1978 consagra um amplo elenco de direitos e liberdades, no Cap. II do Tít. I.

Em primeiro lugar, proclama-se no art. 14 o princípio da legalidade: "Os espa-

nhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal e social". Em seguida, são enumerados na Seção 1.^a os *direitos fundamentais e as liberdades públicas*: o direito à vida e à integridade física e moral (art. 15; a liberdade ideológica, religiosa e de culto (art. 16; e a liberdade e segurança no art. 17 (onde figura uma série de preceitos referentes à prisão preventiva e está prevista a regulamentação legal do procedimento de *habeas corpus*). Garante-se o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (art. 18); a liberdade de residência e de locomoção (art. 19); a liberdade de expressão (art. 20); o direito de reunião (art. 21); o direito de associação (art. 22; o direito de se obter uma efetiva prestação jurisdicional; ao juiz legalmente competente; à defesa e à assistência de um advogado, informado da acusação; a um processo público, sem dilações indevidas e com todas as garantias; a utilizar os meios de prova pertinentes para a defesa; a não se confessar culpado e à presunção de inocência (art. 24). Enuncia-se o princípio da legalidade penal (art. 25), ao qual dedicaremos especial atenção, e afirma-se, ainda assim, que a Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem em privação de liberdade (art. 25); disposição louvável, mas que não restringe suficientemente a potestade sancionadora da Administração. Reconhece-se a liberdade de ensino; o direito à educação; a autonomia universitária (art. 27); a liberdade sindical; o direito de greve (art. 28) e o direito de petição (art. 29).

Na Seção 2.^a do Cap. II, que tem como rubrica "Dos direitos e deveres dos cidadãos, são inseridos outros direitos e deveres, não contidos na Seção anterior, dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, entre o que se destaca o de propriedade (art. 33).

A inclusão dos direitos na Seção 1.^a (Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas), ou na 2.^a (Dos direitos e deveres dos cidadãos) tem uma grande transcendência. Pois o desenvolvimento dos direitos fundamentais e das liberdades públicas só pode ser realizado mediante uma lei orgânica e a aprovação, modificação ou derrogação das leis orgânicas exige maioria absoluta no Congresso, numa votação sobre o conjunto do Projeto (art. 81).

Na ciência do Direito Penal espanhola coloca-se o problema se todas as leis penais devem ter o caráter de lei orgânica.² No meu entender, somente aquelas leis penais que, pelo bem jurídico protegido ou pela índole das sanções que estabeleçam (p. ex., penas privativas de liberdade), afetem os direitos fundamentais e as liberdades públicas regulados na Seção 1.^a do Cap. II do Tít. I da Constituição devem ter o caráter de lei orgânica. Uma lei penal que não tutela, como bem jurídico, um dos direitos fundamentais ou liberdades públicas contidas na Seção citada, como por exemplo que regule os delitos ou contravenções contra a propriedade ou os delitos relativos ao controle de câmbio e que preveja algum tipo de sanção que não atinja os direitos e liberdades mencionados (p. ex., uma pena de multa), poderia ter o caráter de lei ordinária. O Tribunal Constitucional, em seu acórdão 160, de 16.12.86 declarou acertadamente a inconstitucionalidade do art. 7.1 da Lei 40, de dezembro de 1979, sobre o regime jurídico de controle

de câmbio, ao estabelecer pena privativa de liberdade sem ter o caráter de lei orgânica.

3. Colisão de Direitos Fundamentais

Entre as hipóteses de colisão de direitos fundamentais há uma especialmente relevante, não só do ponto de vista jurídico-constitucional, senão também do ponto de vista social e político: a colisão entre os direitos de liberdade de expressão e de informação e os direitos à honra, à intimidade e à própria imagem.

No art. 20 de nossa Constituição “são reconhecidos e protegidos os direitos: a) De expressar e difundir livremente o pensamento e as idéias e opiniões pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de reprodução; b) De produção e criação literária, artística, científica e técnica; c) De liberdade de cátedra; d) De comunicar ou receber livremente informação verídica por meio de qualquer meio de difusão”. Mas assinala-se, entre outros aspectos, que: “4. As liberdades enunciadas no presente artigo têm como limite o respeito aos direitos reconhecidos neste Título, os preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente, o direito à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da juventude e da infância”.

O Supremo Tribunal espanhol mantém até há pouco tempo a tese de que o respeito à honra representava em todo caso um limite infranqueável para o exercício dos direitos à liberdade de expressão e de informação. Em sua jurisprudência mais recente, segue ele a nova linha traçada pelo Tribunal Constitucional, que considera que a licitude da conduta típica, no caso de delitos contra a honra (tipicidade que requer, segundo a opinião dominante, a presença do *animus iniuriandi*³ dependerá do resulta-

2. V. a esse respeito, meu *Curso de Derecho penal español. Parte General*, I, Introducción. *Teoría Jurídica del Delito*, 1, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 153-4, no qual faz-se referência do desconcertante e ambíguo acórdão 25, de 23.2.84, do Tribunal Constitucional. Também J. R. Casabo Ruiz, “La Capacidad Normativa de las Comunidades Autónomas en la Protección del Medio Ambiente”, in *Estudios Penales y Criminológicos V*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 255-6.

3. Afastam-se da opinião majoritária, entre outros, Rodríguez Devesa-Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 15.^a

do de uma cuidadosa ponderação de interesses. O acusado de injúria, calúnia ou desacato poderá invocar a causa de justificação de atuar no estrito cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo sempre que, numa ponderação de interesses, tenham preferência a liberdade de expressão e de informação sobre o direito à honra. O Tribunal Constitucional, após ressaltar que as liberdades de expressão e de informação implicam "o reconhecimento e a garantia de uma instituição política fundamental, que é a opinião pública livre, indissoluvelmente ligada ao pluralismo político que é um valor fundamental e um requisito de funcionamento do Estado democrático", exige que se leve em conta na ponderação de interesses, entre outros fatores, se a expressão injuriosa afeta unicamente à intimidade e à esfera privada da pessoa ou à sua gestão em um cargo público e "a intenção da crítica política enquanto formadora da opinião pública".⁴

Essa tese é compatível com o teor literal do inc. 4.º do art. 20 da Consti-

tuição. As liberdades de expressão e de informação devem encontrar seu limite nos restantes direitos fundamentais, protegidos no Tít. I da Carta e especialmente no direito à honra, à intimidade e à própria imagem. Isto não quer dizer que *em todo caso* devam ceder frente aos mesmos, ou seja, que se reconheça aos demais uma posição superior. Só no marco de uma cuidadosa ponderação de interesses poderá se estabelecer, em cada caso, a relação de hierarquia entre os direitos fundamentais e concretamente entre as liberdades de expressão e de informação e os direitos à honra, à intimidade e à própria imagem.⁵

Para que as liberdades de expressão e de informação tenham primazia sobre o direito à honra, por exemplo, não será bastante que seu exercício tenha por objeto participar na formação da vontade política da comunidade, em cuja hipótese teriam preferência, em princípio, sobre o direito à honra, como assinala o Supremo Tribunal,⁶ mas ainda será preciso que quando se tratar de uma informação, esta seja verdadeira⁷ e que, em todo caso, as expressões desonrosas sejam necessárias para o exercício de ditas liberdades.⁸

5. V. nesse sentido, Berdugo y Gómez de la Torre, *Honor y Libertad de Expresión*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 68 e ss., que propugna por uma interpretação do inc. 4.º do art. 20 da Constituição, com lastro na doutrina da interação dos direitos fundamentais e o princípio da ponderação, considerando este último como expressão do princípio da proporcionalidade.

6. Por exemplo: acórdãos de 12.5.89 (A. 4714), 24.9.89 (A. 6278), 3.10.89 (A. 7544), 26.4.91 (A. 2969) e 16.5.91 (A. 3679).

7. V. nesse sentido, Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, Ramón Areces, 2.ª ed., 1991, pp. 289 e 297.

8. V. nesse sentido, os acórdãos do Tribunal Constitucional de 6.9.90 e 85 de 8.6.92 e do Supremo Tribunal já citados (nota 6). Na moderna ciência penal espanhola, Bacigalupo, *Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación Penal*, p. 24; Bajo Fernández, op.

Dykinson, Madrid 1992, pp. 237-8; E. Bacigalupo, "Colisión de Derechos Fundamentales y Justificación Penal", in *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Prof. José A. Sáinz Cantero, n. 12, I, 1987, pp. 18 e ss. e M. Jaén Vallejo, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, in *Colex*, Madrid, 1992, pp. 201 e ss. Só emerge, portanto, o problema da possível concorrência da causa de justificação do exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo (n. 11 do art. 8.º, CP), em caso de coexistência do *animus iniuriandi* ou *calumniandi* com o *animus informandi* ou *criticandi*, vide a respeito meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría Jurídica del Delito 2*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 59-60.

4. V. os acórdãos: 104/86 de 17.7., Fundamentos Jurídicos 5/6 e o de 6 de junho de 1990, Fundamentos Jurídicos 2,3 e 4b e os acórdãos do Supremo Tribunal de 3.6.88 (A. 4430), 12.5.89 (A. 7544), 24.7.89 (A. 6278), 3.10.89 (A. 7544) e 16.5.91 (A. 3679).

No que se refere à veracidade da informação surge um problema muito importante. O Tribunal Constitucional espanhol considera suficiente que o jornalista tenha levado a cabo *ex ante* uma comprovação da veracidade da informação “empregando a diligência exigível de um profissional”, ainda que a informação não possa ser provada ou se revela *ex post* como errônea.⁹ Este é o critério mantido também pelo Supremo Tribunal, que considera suficiente a fundada credulidade *ex ante* na veracidade da informação¹⁰ e na ciência penal espanhola, Bacigalupo, Berdugo, Carmona Salgado y Jaén Vallejo.¹¹ De acordo com essa opinião, bastaria, portanto, um exame prévio, conforme ao dever, da veracidade da informação.

O fato de depender a aplicação da causa de justificação de atuar em cumprimento de um dever ou do exercício legítimo de um direito, cargo ou ofício, de que o sujeito tenha ou não realizado um exame conforme ao dever, não me parece convincente. Isto porque de conformidade com esse posicionamento, haveria de se entender que ainda que a informação fosse veraz e o sujeito tivesse

atuado com ânimo de cumprir com o dever ou de exercer legitimamente sua profissão (ou cargo), sua conduta seria ilícita, caso atuasse levemente, sem proceder a um exame conforme ao dever de veracidade da informação.¹² Caso o sujeito crê erroneamente que a informação é verdadeira, encontra-se em erro sobre as circunstâncias que servem de base à uma causa de justificação, que constitui, a meu juízo, um erro de proibição, regulado no § 3.º do art. 6.º bis *a* do CP espanhol. Se o erro era invencível ficará isento da responsabilidade penal por ausência de culpabilidade e se seu erro era vencível terá sua pena atenuada, conforme o previsto no art. 66, por ser menor a culpabilidade.

A doutrina do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal sobre a colisão entre as liberdades de expressão e de informação e os direitos à honra e à intimidade fez-se presente na regulação da *exceptio veritatis* nos delitos de injúrias no projeto de Novo Código Penal, de 1992. Segundo o art. 211: “1. O acusado do delito de injúria, descrito no art. 208, 2, 1.ª deste Cap.¹³ ficará isento de pena provando a veracidade do fato imputado sempre que seja legítima sua difusão. 2. Presume-se a difusão legítima quando os fatos se referirem a pessoas que tenham alguma espécie de relevância pública e sua difusão satisfaça a função do livre fluxo da informação em uma sociedade democrática, salvo quando afete fatos protegidos pelo seu direito à intimidade pessoal ou familiar”. Há que ressaltar, neste preceito, que tem, sem dúvida, a natureza de uma causa de justificação

cit., pp. 289 e 296-7; Berdugo y Gómez de la Torre, op. cit., pp. 124 e ss.; e Jaén Vallejo, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, pp. 272-3 (segundo o qual a necessidade deve ser apreciada *ex ante*).

9. Cf. acórdão de 6.6.90, Fundamento Jurídico n. 5.

10. Cf. por exemplo, os acórdãos de 3.6.88; 15.4.89; 3.10.89 e 20.2.91.

11. Cf. Bacigalupo, op. cit., pp. 23-4; Berdugo y Gómez de la Torre, “Los Límites entre Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. 2.º, pp. 346 e ss.; Concepción Carmona Salgado, *Libertad de Expresión e Información y sus Límites*, Madrid, Edersa, 1991, pp. 174 e 190 e Jaén Vallejo, op. cit., pp. 50 e ss., 235 e 272 (segundo o qual, quando a informação é objetivamente verdadeira falta já a lesão ao bem jurídico e não é preciso lançar mão da causa de justificação do n. 11 do art. 8.º, CPE).

12. V. meu *Curso de Derecho Penal Español, Parte general*, cit., pp. 410-11.

13. Trata-se, na realidade, de uma figura delitiva de difamação, incluída na regulação do delito injúria: “2. Considera-se, em todo caso, como injuriosa: 1.ª A imputação de fatos que possam prejudicar o crédito, a imagem, a dignidade ou a honorabilidade de outrem”.

baseada no princípio do interesse preponderante, que a exclusão da responsabilidade depende, entre outros requisitos, da prova da veracidade da informação, não bastando a mera crença subjetiva do autor, lastreada em um exame conforme ao dever e que se concede em todo caso a preferência ao direito à intimidade pessoal ou familiar diante das liberdades de expressão ou informação.

4. O Princípio de Legalidade

O art. 25 da Constituição espanhola enuncia o princípio de legalidade, nos seguintes termos: "Ninguém pode ser condenado ou punido por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento".

A primeira vista, parece que se estabelece unicamente o princípio de legalidade dos delitos e não o das penas. O Tribunal Constitucional declarou, todavia, no acórdão n. 25 de 23.2.84, que o princípio de legalidade das penas está implícito no mesmo art. 25, 1, da Constituição.

Como de hábito, desde as declarações norte-americanas de direitos (Filadélfia de 1774 e as de Virgínia e Maryland de 1776) e a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 26.8.89, o princípio de legalidade aparece unido ao da irretroatividade das leis penais, *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, ainda que, conceitualmente, sejam independentes.¹⁴ O fato de que os delitos e as penas tenham de estar previstos em lei, não prejudica se a lei deve ser aplicada ou não com caráter retroativo.

A irretroatividade das leis penais desfavoráveis está estampada expressamente no art. 9, 3 da Constituição: "A Cons-

tituição garante o princípio de legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas dos direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos".

A irretroatividade das leis penais favoráveis ao réu não é estabelecida explicitamente na Constituição, mas unicamente no art. 24 do CP espanhol, ainda que a tome possível o art. 9, 3 do texto constitucional ao proclamar somente a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas dos direitos individuais. O Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal têm entendido, no entanto, em alguns acórdãos, que a aplicação retroativa das leis penais favoráveis ao réu é deduzível, *a sensu contrario*, do art. 9, 3 da Constituição.

Uma característica peculiar da regulação do princípio de legalidade na Constituição espanhola é sua aplicação às sanções administrativas. Isto é algo muito satisfatório do ponto de vista das exigências do Estado de Direito, mas suscita alguns problemas na prática.

A aplicação do princípio de legalidade à todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco, ou a uma simples habilitação legal para regular infrações ou sanções administrativas. A aplicação do princípio de legalidade deveria ser limitado às infrações e sanções administrativas graves.

As leis penais em branco dão lugar a problemas sob o prisma do princípio de legalidade quando para a descrição das ações proibidas (ou ordenadas) faz-se remissão a disposições jurídicas de grau inferior à lei. Esta técnica só é aceitável quando seja necessária,¹⁵ isto é, no caso

14. V. nesse sentido, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, op. cit., p. 210.

15. V. nesse sentido, Arroyo Zapatero, "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, p. 34.

de uma regulação legal excessivamente casuística, ou devido o caráter extraordinariamente mutável da matéria que exigiria uma revisão muito freqüente das ações proibidas ou ordenadas.¹⁶ Ademais, é preciso que a lei penal em branco contenha a descrição do núcleo essencial da ação proibida.¹⁷ Não basta que na lei penal em branco venha determinado inteiramente o bem jurídico, como entendeu Casabó.¹⁸ O Tribunal Constitucional no acórdão n. 127 de 5.7.90 admite a constitucionalidade das leis penais em branco sempre que se verifiquem os seguintes requisitos: “que o reenvio normativo seja expresso e esteja justificado em razão do bem jurídico protegido pela norma penal; que a lei, além de assinalar a pena, contenha o núcleo essencial da proibição e seja satisfatória a exigência de certeza ou ocorra a suficiente concreção para que a conduta qualificada de delitiva fique suficientemente precisa com o complemento indispensável da norma à qual a lei penal se remete”.¹⁹ Bacigalupo mostra-se partidário, além disso, da exigência de uma “cláusula de remissão inversa” nas disposições complementares das leis penais em branco, como faz o Tribunal Federal Constitucional, na Alemanha.²⁰

16. Cf. Casabó Ruiz, op. cit., p. 259.

17. V. nesse sentido, Bajo Fernandes, “Delitos Monetarios”, in *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1985, p. 51; Luis Garcia Martín, *La Infracción de deberes Contables y Registrables Tributarios en Derecho Penal*, Madrid, Trivium, 1990, pp. 37 e ss., e Luiz Regis Prado, *Direito penal Ambiental*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 48.

18. V. Casabó Ruiz, op. cit., p. 260.

19. O acórdão do Supremo Tribunal de 25.10.91 asseverou que “quando a norma complementar não tenha hierarquia de lei, será preciso que a autoridade que a tenha ditado, esteja autorizada a fazê-lo por lei em sentido formal”.

20. V. Bacigalupo, *Sanciones Administrativas (Derecho Penal español y comunitario)*,

5. A Inconstitucionalidade das Medidas de Segurança Pré-Delitivas

Uma das conseqüências mais importantes da proclamação do princípio de legalidade na Constituição espanhola foi a consideração de que as medidas de segurança pré-delitivas, previstas na Lei de Periculosidade e Reabilitação Social de 4.8.70 (reformada por leis posteriores), são inconstitucionais. Esta lei teve como antecedente e revogou a Lei de 4.8.33, redigida por Luis Jiménez de Asúa e Mariano Ruiz Funes, sob a influência das idéias da escola positivista italiana. Em nenhum outro país europeu, que eu saiba, existem medidas de segurança pré-delitivas. Em nossa Lei de Periculosidade e Reabilitação Social são estabelecidas uma série de categorias de estado perigoso pré-delituoso, quer dizer, que compreendem pessoas cuja perigosidade não se manifestou mediante a prática de um delito, pessoas que ainda não delinqüiram (ébrios habituais, toxicômanos, etc.).

Por outro lado, na Lei não se faz referência à perigosidade criminal, à probabilidade de comissão de delitos no futuro, senão que se utiliza do termo impreciso de perigosidade criminal com a perigosidade social. A primeira consiste

Madrid, Colex, 1991, pp. 30-1. O legislador espanhol lançou mão da técnica da habilitação legal para tornar possível a aplicação do princípio de legalidade à totalidade das infrações e sanções administrativas na Lei n. 30 de 26.11.92 sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo comum. Segundo o inc. 4 do art. 129 da citada Lei, “As disposições regulamentares de desenvolvimento poderão introduzir especificações ou graduações ao quadro de infrações ou sanções estabelecido legalmente que, sem constituir novas infrações ou sanções, nem alterar a natureza ou limites das que a Lei contempla, contribuam para uma mais perfeita identificação das condutas ou a mais precisa determinação das sanções correspondentes”.

na probabilidade de que um agente pratique no futuro uma conduta delitiva. "A perigosidade social", como diz Landecho:²¹ "é a possibilidade ou realidade de que o indivíduo venha a ser ou seja já um marginal, um parasita, prejudicial à convivência social e que seja portanto um associal, ainda que não costume cometer delitos propriamente ditos". Só para os antissociais, isto é, os perigosos criminalmente, deveriam ser estabelecidas na Lei medidas de segurança. A mera perigosidade social deve ser enfrentada com medidas preventivas de caráter assistencial, à margem do Direito Penal.

Os preceitos da Lei de Perigosidade e Reabilitação Social que estabelecem medidas de segurança para as pessoas compreendidas nas categorias de estado perigoso pré-delituoso, onde se vislumbra uma perigosidade social, atentam tão gravemente contra as exigências da segurança jurídica que deveriam ser consideradas anticonstitucionais, por infração ao disposto no art. 9, 3 da Constituição, onde se garante a segurança jurídica; e por violação ao princípio de legalidade, não destacado no art. 25, 1 para os estados perigosos e para as medidas de segurança, mas implícito no art. 53, 1, pois, a referência à perigosidade social lhes confere o caráter de leis penais indeterminadas.²²

21. V. Carlos M. Landecho, "Perigosidad Social y Perigosidad Criminal", in *Perigosidad Social y Medidas de Seguridad*, Valência, Univ. de Valência, 1974, p. 251.

22. V. nesse sentido, Toledo y Ubieto, *Sobre el Concepto del Derecho Penal*, Madrid, Univ. Complutense, 1981, p. 334; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, P. G., Valência, *Tirant lo Blanch*, 1980, p. 785; Bustos Ramírez *Manual de Derecho Penal*, P. G. Barcelona, Ariel, 1989, p. 7; e Luzón Peña, "Alcance y Función del Derecho Penal", in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascs. 26-7 (nota 78), 1989, que apontam, também, a possível infração de outros preceitos constitucionais.

Morales Prats e Garcia Alberó²³ deduziram dos acórdãos do Tribunal Constitucional n. 23 de 14.2.86; n. 21 de 19.2.87 e n. 131 de 20.6.87 uma declaração de inconstitucionalidade das medidas de segurança pré-delitivas. Trata-se, no entanto, de acórdãos resolutórios de recursos de *amparo* e não de inconstitucionalidade. Nelas, o Tribunal Constitucional entendeu que deriva do direito fundamental à legalidade consagrado no art. 25, 1, da Constituição, a impossibilidade de se impor medidas de segurança pós-delitivas, antes de existir sentença condenatória pelo fato punível (versava a categoria de estado perigoso do art. 2.º, 8, da Lei de Perigosidade e Reabilitação Social, em relação com o delito de tráfico de drogas do art. 344 do CP). De outro lado, cabe objetar ao Tribunal Constitucional que as medidas de segurança pós-delitivas só requerem a realização de uma ação ou omissão típica e ilícita, não sendo necessário que sejam culpáveis e, portanto, que já haja sentença condenatória. Pense-se nas medidas de segurança previstas para os inimputáveis dos incisos 1, 2, e 3 do art. 8.º. De toda maneira, convém ressaltar que o Ministério Público abraçou a interpretação de Morales Prats e García Alberó dos acórdãos mencionados e na instrução número 3 de 13.5.91 determinou a todos os membros do Ministério Público que se abstenham de requerer a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas, com o que carecem hoje praticamente de aplicação em nosso país. O resultado me parece satisfatório, ainda que a fundamentação não esteja correta.

6. O Princípio de Culpabilidade

O princípio de culpabilidade, segundo o qual "não há pena sem culpabilidade

23. "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre Medidas de Seguridad. Requiem por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social?" in *La Ley*, ano XII, n. 2697, 1991, pp. 1 e ss.

e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade”, não está proclamado expressamente na Constituição espanhola. Para alguns de nossos penalistas,²⁴ o princípio de culpabilidade está implícito no de legalidade, acolhido no art. 25 da Constituição: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam delito... segundo a legislação vigente naquele momento”. Esta tese é, no meu sentir, discutível, pois, para a culpabilidade só é preciso a consciência atual ou possível da antijuridicidade, mas não da punibilidade da conduta.

Todavia, creio que se pode encontrar um fundamento constitucional para o princípio da culpabilidade no art. 10 da Constituição, ao ser proclamado neste preceito que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da ordem política e da paz social. O princípio de culpabilidade é uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana. A imposição de uma pena sem culpabilidade supõe a utilização do ser humano como mero instrumento para se conseguir fins sociais, nesse caso, preventivos, o que implica um grave atentado à sua dignidade.

Na Alemanha, também, o Tribunal Federal Constitucional considera que o princípio de culpabilidade *nulla poena sine culpa*, tem base constitucional, por derivar do reconhecimento do direito à liberdade geral de atuação²⁵ e ter seu fundamento na dignidade da pessoa (art. 1, I).²⁶

24. V. p. ex. Córdoba Roda, “Principio de Legalidad Penal y Constitución”, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Verlag, 1989, pp. 92-3.

25. Cf. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T. 4.ª ed., Duncker-Humblot, Berlim, 1988, pp. 19 e 22.

26. Cf. Roxin, *Strafrecht*, A. T., I, Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag Beck, 1992, p. 551.

Na moderna ciência penal italiana existe uma importante corrente doutrinária que considera que o princípio de culpabilidade está implícito no art. 27,1, da Constituição daquele país, em que se declara: “A responsabilidade penal é pessoal”. Conforme esses penalistas, neste preceito está incluída a proibição da responsabilidade objetiva, posto que um resultado causado pelo agente, mas que não lhe seja atribuível psicologicamente não se pode dizer que dê lugar a uma responsabilidade de caráter pessoal. Portanto, não só a responsabilidade pelo fato de outro, senão também a responsabilidade objetiva devem ser consideradas constitucionais.²⁷

7. Fundamento e Fins da Pena no Estado Social e Democrático de Direito

Na Constituição espanhola há uma disposição que faz referência aos fins da pena. O § 2.º do art. 25 assenta: “As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança serão orientadas para a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados”. Emerge, nesse dispositivo, a influência do art. 27,3, da Constituição italiana, onde se assinala às penas (neste caso, em geral) o fim da reeducação do delinquente. Na Lei Fundamental alemã de 1949 não se inclui, ao contrário, preceito algum relativo aos fins da pena.

O texto constitucional espanhol dá lugar a problemas, porque as penas não podem encontrar seu fundamento exclusivamente nas exigências da prevenção especial. Se a pena buscasse unicamente o fim de prevenção especial — como pretendia o setor mais radical da nova defesa social — o Direito Penal não poderia cumprir sua missão de proteção dos bens jurídicos. A imensa maioria da criminalidade está constituída pelos de-

27. V. Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, 2.ª ed., Padova, 1988, pp. 287-8.

linqüentes ocasionais, nos que não cabe avaliar uma perigosidade criminal, quer dizer, uma probabilidade maior de que voltem a delinquir. Estes delinqüentes não estão necessitados de um tratamento corretivo de prevenção especial. Ter-se-ia que prescindir, por isso, nestes casos, de toda sanção, com grave menoscabo da função de proteção dos bens jurídicos, própria do Direito Penal. As exigências da prevenção especial poderiam dar lugar, ademais, nos casos de delinqüentes perigosos que sejam autores de delitos de escassa gravidade à aplicação de penas desproporcionadas à gravidade do delito e, portanto, injustas.

A norma constitucional espanhola, segundo a qual, as penas privativas de liberdade "serão orientadas para a reeducação e reinserção social", só pode ter sentido, sendo este um dos fins essenciais dessas penas, de modo que sempre que for necessário se faça todo o possível para conseguir a reeducação e a reinserção social do delinqüente. O Tribunal Constitucional espanhol²⁸ considera que: "o art. 25,2 contém um mandato dirigido ao legislador penitenciário e à Administração por ele criada para orientar a execução das penas privativas de liberdade... mas não estabelece que a reeducação e a reinserção social sejam as únicas finalidades legítimas das penas privativas de liberdade".

Na Itália, concedeu-se espaço, também, para a tese de que ainda que se

assinale à pena, no art. 27,3, da Constituição, o fim da reeducação do delinqüente, continua conservado, para a própria Constituição, sua essência retributiva e a finalidade intimidatória.²⁹

Da concepção de Estado social e democrático de Direito, que inspira nossa Constituição (art. 1,1), não é possível depreender a exigência de que a reeducação e reinserção social do delinqüente constitua o único fim da pena, nem sequer que devam ser atribuídas à pena funções exclusivamente preventivas (prevenção geral e especial).³⁰ A concepção de Estado social e democrático de Direito é incompatível unicamente com as teorias absolutas da pena, que justificam a pena exclusivamente pelo delito praticado e consideram que seus efeitos preventivos são alheios a sua essência. Uma concepção unitária da pena, que encontre sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a comissão de delitos no futuro, isto é, que considere que a pena não só há de ser justa, senão também necessária, satisfaz, em maior medida aos reclamos de um Estado social e democrático de Direito, ao proporcionar um sólido fundamento à exigência de proporcionalidade entre os delitos e as penas.

29. Cf. Ferrando Mantovani, op. cit., p. 725.

30. Como entende Mir Puig, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 29 e ss. e *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, PPU, 1990, p. 73.

28. Acórdão 150 de 4.9.91.

HISTÓRIA DAS IDÉIAS PENAIS NA ALEMANHA DO PÓS-GUERRA*

WINFRIED HASSEMER

Catedrático em Ciências Criminais da Universidade
de Frankfurt — Alemanha

1. Depois da guerra e depois dos nazistas: 1.1 Cicatriz e esquecimento; 1.2 Delatores e juízes; 1.3 Renascença do Direito Natural; 1.4 Conceção hermética — 2. Dogmática abstrata; 2.1 Argumentação hermética; 2.2 A teoria finalista da ação; 2.3 Dogmática e metodologia; 2.4 Política criminal academicista — 3. Teoria do Direito Penal voltado para as consequências; 3.1 Política criminal voltada para as consequências; 3.2 Crítica do Direito penal; 3.3 Realidade e alcance; 3.4 Pontos principais; 3.4.1 Proteção de bens jurídicos; 3.4.2 Prevenção por intimidação; 3.4.3 Ressocialização; 3.4.4 Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico — 4. Direito penal funcional: 4.1 Questões fundamentais; 4.2 Questões exemplares; 4.2.1 Tendências; 4.2.2 Áreas de interesse e instrumentos; 4.2.3 Acordos no processo penal; 4.2.4 Agravamento das medidas coercitivas de investigação; 4.3 O papel das ciências penais; 4.3.1 Teoria e prática; 4.3.2 Dogmática penal; 4.3.3 Teorias penais; 4.3.4 Política criminal; 4.4 Questões abertas e tarefas postas.

1. Depois da guerra e depois dos nazistas

1.1 Cicatriz e esquecimento

Nenhuma prática jurídica e nenhuma concepção do Direito foi a mesma após

1945. Esta verdade não é menos eloquente por ter sido apenas aos poucos per-

equivalentes brasileiros, quando possível, mantendo-se a sigla ou abreviação alemã quando ocorrente (ex.: StGB, Código penal; StPO, Código de processo penal; BGH, Supremo Tribunal Federal; OLG, Tribunal Superior Estadual, seguido da cidade sua sede; etc.). Nas notas de rodapé, as referências bibliográficas foram transcritas inteiramente no original, inclusive indicações de página, e outras destinadas à busca. Quando pareceu útil à compreensão do tema abordado ou interessante para que o leitor de língua portuguesa se inteirasse dos temas discutidos pelos penalistas e criminólogos alemães nas distintas etapas históricas, o tradutor forneceu tradução livre dos títulos de artigos, revistas ou livros, entre []. Siglas de periódicos e repertórios de jurisprudência foram meramente transcritas. No final do texto, veja-se nota do tradutor indicando algumas publicações do autor traduzidas para o espanhol ou português.

* N. do T.: Artigo traduzido do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, procurador da República, doutorando em processo penal da Universidade de Frankfurt. Advertências quanto à tradução: Na redação, procurou-se guardar fidelidade ao estilo do autor, tendo o tradutor optado por traduções literais ou descritivas de conceitos ainda desconhecidos da literatura jurídica brasileira, segundo parecesse melhor à clareza, e pelo emprego de termos consagrados na doutrina penal brasileira, ainda que não correspondessem literalmente ao original alemão. Nomes de órgãos jurisdicionais e de diplomas legais foram traduzidos pelos

cebida, nem pela circunstância de que, por exemplo, em 1968, o abismo em relação a 1944 parecesse mais profundo que em 1948. Pelo contrário, os estragos da era nazista foram de tal extensão, que só com o tempo e muito esforço eles puderam ser percebidos e compreendidos em toda a sua gravidade.¹ Isto não quer dizer que a era nazista tenha como que surgido de surpresa no horizonte de um dia para o outro e da mesma forma desaparecido sem deixar vestígios; obviamente ela foi preparada, gestada, e ainda sobreviveu por algum tempo de múltiplas formas.² Isto apenas evidencia que, se por um lado, a práxis e a ciência jurídicas foram profundamente marcadas pelas vicissitudes da era nazista, por outro lado, estas vicissitudes não foram inteiramente apreendidas de um só fôlego. Nós mal começamos a processar este passado e a descobrir suas cicatrizes em nosso presente. Seja apenas marginalmente anotado que esta tarefa, ao menos aparente-

mente, vem sendo na atualidade transposta para os julgamentos dos fatos relacionados com ex-Reública Democrática Alemã.

Este binômio de cicatriz e esquecimento dificulta extraordinariamente uma segura exegese do pós-Guerra (e, por consequência, também dos períodos sucessivos) e sugere equívocos e falsas conclusões. Acrescente-se que a análise precisamente desta etapa de nossa história deve ter em conta interesses acentuados e controvertidos sobre os possíveis resultados: Muita coisa dependeu e depende do resultado da análise.³ Se tudo isto não bastasse, ainda convém arrematar que os mencionados obstáculos à compreensão do pós-guerra incidem acentuadamente sobre a seara do Direito penal, sua práxis e também sua teoria. Questões como as normas fundamentais vigentes neste campo, penas corporais e a moral do dia-a-dia suscitam o interesse das pessoas pelos aspectos penais da discussão.

Assim, desde que se considerem todas as ressalvas indicadas, parece-me que não é (ainda) possível extraírem-se teses definitivas sobre os efeitos da era nazista para o Direito e as ciências penais.⁴ O

1. Instrutivo a propósito, no campo do Direito penal, uma das primeiras exposições críticas em EB. Schmidt. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 1. Aufl. 1947. 3. Aufl. (1965), §§ 345ff., sob o título "Der Zusammenbruch der deutschen Strafrechtspflege im nationalsozialistisch-totalitären Staate" ("O desmoronamento da tutela penal alemã durante o Estado totalitário nacional-socialista").

2. Esta visão foi elaborada para o Direito penal especialmente por Naucke. Cf. (sobre o método) *Tendenzen in der Strafrechtentwicklung*, 1975. S. 14ff.; (sobre a questão propriamente) *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht* (Sobre cláusulas genéricas e aplicação da lei no Direito penal), 1973. S. 9ff.; *Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland* (Desenvolvimentos da política geral e suas relações com a reforma do Direito penal na República Federal da Alemanha), in: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* (Política do Direito penal), 1987, S. 25ff.

3. Apaixonada análise dos anos 1945-48 sob o título "Irrtümer und Illusionen" ("Equívocos e ilusões"). Em Dieter Simon. *Zustreten nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte* (Rupturas após 1945. Ensaios sobre a periodização da história alemã do pós-Guerra), 1990, S. 153ff.

4. Um forte argumento para justificar esta cautela afigura-se-me nos conteúdos diversificados do conceito de "positivismo jurídico" antes, durante e após a Guerra, sempre apresentados como certezas inquestionáveis. Exemplos e demonstrações em Laage, *Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945* (A controvérsia em torno do conceito de ilícito legal após 1945), in: KJ 1989, 409ff.; Manfred Walther. *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?*

risco de representações grandiloquentes, porém falsas, é enorme. Em vez desta pretensão, melhor será ater-se ao que salta aos olhos e daí tentar prudentemente extrair algumas conclusões.

1.2 Delatores e juízes

Esta trilha mais modesta permite em todo o caso o exame de várias questões. Após o colapso da dominação nazista e o fim da Guerra, aflorou no campo do Direito penal um problema de ordem prática que reclamava urgente solução. Este problema só era teoricamente solucionável por um caminho específico. O problema e sua elaboração teórica conduziram inevitavelmente ao clássico dilema do Direito (penal) durante e após os períodos de "ilícitos legais". Refiro-me ao problema, para usar uma expressão atual,⁵ dos "delitos da velha ordem", e à impossibilidade de processá-los sem lançar mão de princípios jurídicos supra positivos.

Depois da Guerra e dos nazistas, principalmente a práxis penal e a doutrina penal voltada para a Teoria do Estado e para a Filosofia do Direito descreveram esse dilema e procuraram uma saída.⁶ O

(O positivismo jurídico tornou os juristas alemães indefesos no "III Reich"? in: Dreier/Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*. 1989. S. 323ff. As discussões partem do famoso tratado de Gustav Radbruch sobre *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (Ilícito jurídico e Direito supra-legal) (SJZ 1946. 105ff. atualmente in: Radbruch, *Gesamtausgabe* (Obras completas) 3. *Rechtsphilosophie III*. 1990, S. 83ff.).

5. Cf. Samson, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands* (A elaboração penal dos delitos da velha ordem da RDA após a unificação da Alemanha), in: NJW 1991, 335ff.

6. Instrutivo a este respeito o número especial do SJZ de março de 1947, sobre *Humanitätsverbrechen und ihre Bestrafung* (Crimes contra a Humanidade e sua apenação)

dilema cristalizou-se em sua forma mais pura em duas direções: a punibilidade dos delatores cujos informes expuseram os denunciados à violência estatal⁷ e a punibilidade dos juízes que aplicaram "leis injustas" então vigentes.⁸

A estrutura do problema é idêntica em ambos os casos. Quem não estiver disposto, pelas mais variadas razões, a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema. Afinal, o delator e o juiz não fizeram mais que os funcionários da execução penal e os carrascos e "funcionários" dos campos de concentração na etapa subsequente: simplesmente cumpriram a situação jurídica então vigente.⁹ Se não há, além ou

com contribuições de v. Hodenberb (113ff.). A. Wimmer (123ff.) e Radbruch (131ff.).

7. Paradigmático a propósito, decisão do OLG (Tribunal Superior Estadual) Dresden, SJZ 1947, 519, com observações de Henneke, 522 ("Zur Strafbarkeit der Denunziation als Verbrechen gegen die Menschlichkeit") ("Sobre a punibilidade da delação como crime contra a humanidade").

8. Paradigmático a este respeito. Coing, *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze* (Acerca da responsabilidade penal dos juízes pela aplicação de leis contrárias ao Direito Natural), in: SJZ 1947, 61ff.; o artigo discute o trabalho de Radbruch, *Thesen zu gestzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht* (Teses sobre o ilícito legal e o Direito supralegal), (SJZ 1946, 105).

9. Evidentemente pode-se encontrar esta mesma estrutura de problema também hoje, no tocante à punibilidade dos espões da antiga RDA. A polêmica não se estabelece em torno da situação jurídica no âmbito de vigência do StGB (Código penal da República Federal da Alemanha, que passou a reger toda a Alemanha após a unificação, com algumas ressalvas), isto é razoavelmente claro. O problema consiste mais em saber se é lícito corrigir uma situação

acima desta “situação jurídica”, nenhuma fonte do Direito, mas apenas “sentimentos” jurídicos, opiniões subjetivas ou convicções baseadas em fatos, então o problema jurídico dos delatores e juízes criminais fica “resolvido”, antes mesmo que ele possa teoricamente ser formulado.

Mas não somente o Direito penal da República Federal da Alemanha — na prática em maior extensão que na teoria¹⁰ — ocupou-se da criminalidade violenta nacional-socialista por décadas. Também o Direito constitucional viu-se obrigado a acercar-se do problema.¹¹ Não obstante, as reflexões resultantes deste acercamento influenciaram o Direito penal proporcionalmente menos¹² que a preocupação

jurídica com base em princípios supra legais e quais seriam estes princípios. Vale a pena observar as diferentes soluções adotadas pelo BGH (Supremo Tribunal Federal) e pelo KG (Tribunal Superior de Berlim) sobre a mesma controvérsia jurídica, uma em maio, outra em julho de 1991, Jus1992, 8lff.

10. Mais detidamente a propósito, H. Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität* (Crimes sob dominação totalitária. Estudos sobre a criminalidade violenta nacional-socialista). 2. Aufl. 1982.

11. Proeminente exemplo é a posterior supressão da prescrição para casos de homicídio qualificado e genocídio. A esse respeito. Lüderssen. *Politische Grenzen des Rechts — rechtliche Grenzen der Politik* (Fronteiras políticas do Direito — fronteiras jurídicas da Política). in: o mesmo. *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen* (Política criminal em caminhos tortuosos). 1981, S. 143ff., assim como os seguintes artigos na ZRP de 1979: Vogel (1). Eyrich (49), Maihofer (81) Klein, Baumann, Lewald (145ff.).

12. Como se pode deduzir em Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a partir da própria sequência da exposição, as influências mencionadas estendem-se substancialmente aos seguintes campos: autoria e participação, obediência hierárquica, consciência da antijuridicidade, punibilidade do genocídio e de atos preparatórios para a guerra.

acerca de um Direito supra positivo, cuja base e medida pudesse servir para uma crítica à legislação e à prática jurídica nacional-socialistas, ou seja, a indagação exemplificada com a punibilidade dos juízes criminais e dos delatores. Nós a discutiremos a seguir sob o título de “renascença do Direito natural”,¹³ onde apontaremos vigorosas consequências no domínio do Direito penal e ciências afins.

1.3 Renascença do Direito Natural

Sempre que “reavivamento”, “retorno” ou “renascença” do Direito natural daqueles tempos são hoje comentados numa escala que vai do azedume ao deboche, simplifica-se o fenômeno e perde-se de vista a situação ideológica do pós-Guerra. É certo que a pretensão a uma segurança supra positiva produziu precisamente na seara do Direito penal um tipo de fundamentação jurídica absolutamente inconcebível e inaceitável numa sociedade secular, porquanto impede prematuramente uma crítica objetiva da matéria. Sobretudo o malsinado 6.º volume do repertório de decisões do BGH (Supremo Tribunal Federal) em matéria penal oferece um manancial de exemplos contendo este tipo de fundamentação.¹⁴

13. Esta designação adequa-se a todos os ramos do Direito (inclusive o penal) com maior ou menor propriedade. Seu estudo sistemático é objeto da Filosofia do Direito, onde maiores pormenores poderão ser consultados, como por exemplo na obra de U. Neumann.

14. Refiro-me às duas decisões sobre a punibilidade do lenocínio (BGHSt 6, 46) e da participação na tentativa de suicídio de outrem (147). Ambas foram proferidas pelo Großen Senat (Grande Câmara) do Supremo Tribunal Federal e lidam com filigranas do problema com uma certa brutalidade. Em especial a “Lei Moral”, que a ordem jurídica normativamente incorpora em estrutura e feição de lei (e cujo conteúdo, aparentemente, era facilmente acessível ao colegiado julgador), serviu de fundamentação simplista aos dois acórdãos condena-

Todavia, é preciso desde logo levar em consideração o fato singelo de que, em 1954, quando os acórdãos foram proferidos, a situação ideológica da Alemanha ocidental era completamente diversa da dos fins dos anos 40. Na verdade, os julgados da Grande Câmara do Tribunal, tão profusamente citados, não documentam a desesperada busca de um fundamento normativo supra positivo capaz de negar validade ao ilícito manifestado sob a forma de leis positivas com argumentos teoricamente aceitáveis.¹⁵ Mais apropriadamente, eles documentam o mofo normativo dos anos 50: uma atitude de dominação ignorante, do ponto de vista da Teoria do conhecimento, ingênua, do ponto de vista da Filosofia dos valores, e insensível, em relação a avaliações inovadoras ou desconhecidas.

Após a Guerra e os nazistas, outras exigências mais imediatas foram dirigidas à Filosofia do Direito e ao Direito penal.¹⁶ Abstraindo-se, por um momento, a tarefa de se encontrar bases de ação e de avaliação que pudessem ser adotadas após o nazismo e não renegassem as

tórios, senão vejamos: "A ordem moral quer que as relações entre os sexos se realizem basicamente em forma monogâmica, porque o sentido e o efeito destas relações são os filhos" (53). "Já que a Lei moral enfaticamente desaprova o suicídio — salvo, talvez, extremas exceções —, e já que ninguém pode, autonomamente, dispor de sua própria vida e dar-se a morte, também não pode o Direito reconhecer que a obrigação de ajuda do terceiro seja menos relevante que a vontade moralmente reprovável do suicida de morrer" (153).

15. Para uma abordagem sucinta e crítica da jurisprudência fundada em argumentações jusnaturalistas. Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*. 1981, S. IIIff.

16. Pormenores em Arthur Kaufmann. *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre und was daraus geworden ist* (A renascença do Direito natural dos anos do pós-Guerra — e o que dela restou), in: *Festschrift für Gagné*, 1991, S. 105ff.

experiências vividas em doze anos — e nesta tarefa se empenharam todos¹⁷ — defrontaram-se os juristas, sobretudo os penalistas, com um problema urgente e incontornável de Direito natural: Os delatores não haviam mentido, os juízes haviam aplicado as leis penais formalmente vigentes *lege artis*, mas o resultado obtido exibiu um verdadeiro escárnio, diante da mais despresticiosa aceção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana.

Vejase o mesmo problema por um outro lado, a conduta dos juízes: Se é justificável¹⁸ que somente a decisão judicial frontalmente desvirtuada da interpretação jurídica geralmente acatada (justa?) possa materializar a modalidade de prevaricação definida no § 336* do StGB — pois do contrário a independência do juiz não seria preservada —; se é justificável¹⁹ que o § 336 do StGB atue para o juiz como um sucedâneo de outros figuras penais de algum modo relacionadas com respectiva sentença judicial — pois do contrário a independência do juiz ver-se-ia corroída diante de hipóteses como homicídio qualificado, lesões corporais ou cárcere privado — então, o resultado insuportável²⁰ é que a justiça

17. Isto pode ser bem percebido na vida e no pensamento de Gustav Radbruch nesta época. Suas concepções políticas, práxis diária, teoria do conhecimento e filosofia de vida são cuidadosamente descritas por Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch. *Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987, S. 147-167.

18. Argumentação e justificativas em BGHSt 10, 294 (298ff.).

* N. do T.: § 336 StGB: Um juiz de Direito, um outro servidor público ou um juiz arbitral que, na condução ou na decisão de uma causa, praticar uma violação de Direito em benefício ou em prejuízo de uma das partes será condenado com pena privativa da liberdade de um a cinco anos.

19. Limites de aplicação deste princípio em BGHSt 2, 173 (175ff.), acórdão de 12.2.52.

20. Crítica, com fundamentos adicionais em Bemann, *Über die strafrechtliche Verantwort-*

penal, afinal de contas, absolve-se a si mesma de sua participação criminosa no terror nazista.

Por conseguinte, a inclinação do Direito penal para certezas jusnaturalistas, tanto na doutrina quanto na práxis, foi não apenas compreensível no período após 1945 como também quase que inevitável. Sem uma base normativa para além das leis positivas não era então possível nem uma nova orientação geral jurídico-penal nem o surgimento de uma judicatura com um mínimo de dignidade.

Numa outra abordagem do problema, surge naturalmente a questão do grau de intensidade, fundamentalidade, certeza e abstração com que as normas supra positivas devam apresentar-se,²¹ a fim de cumprir as tarefas mencionadas satisfatoriamente. Neste ponto é de justiça formular-se as seguintes críticas: As ciências penais de orientação jusfilosófica do pós-Guerra²² voaram normativamente alto demais, seu modo de afirmação do Direito supra positivo foi excessivamente enfático, ao passo que suas dúvidas no campo da teoria do conhecimento eram excessivamente superficiais. Além

tung des Richters (Acerca da responsabilidade penal do juiz), in: *Gedächtnisschrift Für Radbruch*, 1968, S. 308ff.; Spindel, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10. Aufl. (1982), § 336 Rdnrn 79f.; sobre o caso do juiz vogal do Tribunal do Povo, Rehse.

21. Orientações sobre estas variantes em Ellscheid. *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, in: Kaufmann/Hassemer. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (Introdução à Filosofia e à Teoria do Direito contemporâneas). 5. Aufl. (1989), S. 189ff.: 203ff.

22. Demonstração exaustiva da assertiva na bibliografia por mim elaborada sobre os seguintes temas: Ontologia jurídica, natureza das coisas, estruturas lógico-objetivas, fenomenologia e Direito. Filosofia existencialista e Direito; in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, S. 664ff.

do mais, concentraram-se demasiadamente no estudo do Direito penal material, em detrimento do processo penal e da práxis cotidiana da elaboração de leis penais, da imposição e execução de penas. Sobretudo, pode-se asseverar que o debate em torno dos ilícitos penais da era nazista foi, nestes anos, estruturado em termos muito abstratos e normativos, portanto estreitos. Só muito mais tarde o debate começou a abordar sistematicamente fatos concretos e relacioná-los com a ordem jurídica penal da era nazista: a realidade do processo penal e de outros procedimentos que, em situações determinadas, faticamente tomavam o seu lugar; a execução penal, números e estruturas das condenações, jurisdição penal, polícia, instâncias não-estatais de controle, etc.²³

1.4 Concepção hermética

O caminho seguido pelas ciências penais no período após a Guerra e após os nazistas teve conseqüências que em breve seriam percebidas. Duas delas foram particularmente marcantes, a saber, o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética.

Geralmente se aponta como passo decisivo rumo a um Direito penal naci-

23. A propósito e agora, Werle. *Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* (Direito penal judiciário e combate policial ao crime no III Reich), 1989, especialmente S. 481 ff. (sobre as formas de combate policial ao crime); Schreiber, *Zur Strafgesetzgebung im "Dritten Reich"* (Sobre a elaboração de leis penais) (151); Rüping, *Zur Praxis der Strafjustiz im "Dritten Reich"* (Sobre a práxis da justiça penal) (194), todos in: Dreier/Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz*, páginas indicadas.

onal-socialista²⁴ o Congresso da Seção Alemã da Associação Criminalística Internacional, realizado entre 12 e 13 de setembro de 1932, em Frankfurt am Main. Neste conclave deveria ser discutido o “prosseguimento da reforma do Direito penal”, com o objetivo de consolidar as tendências liberais, sociais e ciosas do Estado de Direito, então correntes. No entanto, esta consolidação só foi possível seguida do seguinte arrasador aditamento: “sem prejuízo do reconhecimento da influência de novas correntes de pensamento e de significativas alterações em relação às forças políticas”. Porém, pelo menos se podia observar — e é isto que interessa agora — que a Política criminal e os seus fundamentos eram o objeto declarado dos debates.

Isto mudou depois. A Seção Alemã da mencionada associação não se reuniu mais, e a política criminal, assim como outras esferas da real práxis jurídico-penal nunca mais foram tema de interesse das ciências penais. Naucke mostrou com detalhes,²⁵ trazendo como exemplo o volume *Festschrift für Kohlrausch* 1944, como as ciências penais da época se recolheram ao interior de fundamentações teóricas, fechando os olhos ao que ocorria ao seu redor. Como se verá logo a seguir, esta inclinação não se reverteu imediatamente após a queda do nazismo.

Também o modo axiomático com o qual as ciências penais revestiram seus enunciados não deixou de produzir seus efeitos. Anteriormente, a Filosofia do Direito que se seguira a Kant, no período da República de Weimar e em

sintonia com o espírito da época, já manifestava ceticismo frente a enunciados normativos, com o que suscitou uma preocupação e uma sensibilidade para questões da Teoria do conhecimento, criando assim um antídoto contra uma propaganda massiva, seja por valores “novos” ou “eternos”,²⁶ que logo a seguir seria deflagrada. Sucede porém o dilema “ilícito legal” e “direito supra legal” exigia formulação mais enfática dos enunciados e levava a fundamentações de cunho jusnaturalista. Ceticismo e sensibilidade revelaram-se receitas muito fracas para o manuseio normativo do terror em forma de lei. Era necessário um equipamento argumentativo poderoso, que pudesse normativamente suplantir as leis. Logo após a Guerra, os tribunais careciam urgentemente deste equipamento, pouco lhes importando onde o conseguiria.

Enunciados jusnaturalistas, nas horas de aperto normativo, podem ser extremamente úteis, pelo menos nos resultados; empregados como dotação normal da justiça penal ou do Direito penal, seus efeitos são devastadores, pois eles: se distanciam não apenas da crítica e do controle (pilares de uma organização judiciária no Estado de Direito), mas também de modos alternativos de decidir ou de fundamentar; impedem uma participação democraticamente organizada dos indivíduos afetados na realização das normas jurídicas de toda natureza; propagam um clima de dedução normativa; e restringem a influência sobre o surgimento e desenvolvimento do Direito aos especialistas.

Também esta característica das ciências penais contemporâneas tem resistido ao tempo.

24. Entre outros. Eb. Schmidt. Einführung, §§ 345 ff.

25. Naucke, *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis* (Sobre as relações entre a ciência e a prática do Direito penal), in: ZStW 85 (1973), 399ff., 404ff.

26. Considero paradigmático o ensaio de Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtphilosophie*, in: o mesmo. Gesamtausgabe 3. S. 17ff.

2. Dogmática abstrata

2.1 Argumentação hermética

Concentração em questões fundamentais do Direito penal material, pouca atenção à organização jurídica e fática do processo, à política criminal real e a suas consequências — eis algumas das estratégias, como se pode supor, de desviar a atenção. A controvérsia em torno do nazismo era deste modo transposta para as elevadas esferas dos juízos de valor, e assim se livrava de defrontar-se com detalhes sujos, ou pelo menos não precisava falar sobre eles.

O revestimento de enunciados normativos com certezas jusnaturalistas não sobreviveu apenas como um meio de combater o ilícito sob a forma de lei; tornou-se também uma armadura poderosa. Quem conseguisse entrar em campo com esta armadura, tinha pouco a temer no tocante à controvérsia e podia contar que suas afirmações não seriam (tão depressa) desmentidas pelo mutável espírito da época: o distanciamento da historicidade e de condicionantes de tempo e espaço é uma marca específica e tradicional da fundamentação jusnaturalista de normas.

A concentração em argumentações normativas e o revestimento jusnaturalista dos enunciados certamente não foram uma especificidade apenas da discussão penal que se seguiu imediatamente a 1945. As mesmas características estiveram presentes também na discussão penal da etapa subsequente, quando a criminalidade nazista já deixou de ser seu tema ou tarefa principal. Esta etapa teve uma outra coloração. Ela alcançou, segundo alguns,²⁷ o clímax do requinte e refina-

mento dogmático-penal, que, no plano teórico,²⁸ culminou na teoria finalista da ação²⁹ (infra, 2) e nas controvérsias a seu respeito³⁰ (infra, 3), e, no plano político-criminal, esgotou-se no célebre projeto “E 1962”³¹ (infra, 4).

2.2 A teoria finalista da ação

Evidentemente, a teoria finalista da ação (assim como na verdade toda a Dogmática penal dos inícios da República Federal da Alemanha, mas aqui, mais acentuadamente) tem muito a ver com o ideário nazista.³² Isto é bastante com-

Grundlagenprobleme (Problemas fundamentais do Direito penal, com tradução em português), 1973, S. 72ff.; o próprio Welzel não tinha confiança incondicional em sua teoria, como se vê mais ou menos em seu trabalho, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, S. 30f.

28. Divergente em vários aspectos sobre a matéria, mas com argumentação similar, Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957, 2 Aufl. (1959). Continuando na mesma senda desta obra, agora, Müller/Dietz, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945* (A situação teórica do Direito penal alemão após 1945), in: GA 1992, 99ff.

29. Acerca da qualificação que o finalismo se atribui, como uma “época de edificação de um sistema do Direito penal”, B. Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in: o mesmo (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 34ff.

30. Sobre o posterior fim desta etapa. Schmidhäuser, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?* (O que sobrou da teoria finalista da ação?) in: JZ 1986, 109ff.

31. *Entwurf eines Strafgesetzbuches v.* (Projeto de um Código penal de) 4.10.1962, BT-Dr. IV/650.

32. Cf. Frommel, *Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht* (A teoria finalista de Welzel. Uma resposta conservadora ao Direito penal da vontade do nacional-socialismo), in: Reifner/Sonnen (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich* (Justiça penal e polícia no III Reich), 1984, S. 86ff.

27. Abordagem crítica da matéria, mas reconhecendo o elevado nível técnico que o finalismo trouxe às discussões teóricas básicas do Direito penal: Roxin, *Zur Kritik der finalen handlungslehre*, in: o mesmo, *Strafrechtliche*

preensível, já que as bases desta teoria remontam aos anos 30 e também ela sofreu os influxos ideológicos do tempo em que se desenvolveu. Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da era nazista,³³ resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e de antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico,³⁴ encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no "Direito penal da vontade", elaborado pelo pensamento penal nazista.³⁵

A teoria finalista da ação entrou em campo desde o início com grande auto-estima e poderosa argumentação. Ela ambicionava nada menos que elevar as ciências penais ao nível da Filosofia e Antropologia contemporâneas e ao mesmo tempo perenizar esta posição. De uma certa forma, ela acabou conseguindo seu intento.³⁶

O adversário com o qual a teoria finalista se defrontou estava decerto despreparado no campo que o finalismo elegeu como decisivo. A teoria até então existente, prontamente rotulada de "causal", tinha-se ocupado pouco das questões agora convertidas em essenciais. Ela havia ordenada e sistematicamente pen-

sado, analisado, classificado e harmonizado seu objeto, e produzira um sistema de enunciados complexo e fungível no seu conjunto, o qual porém pecava por não ser consciente de si e, portanto, não conseguir autojustificar-se. Mediante indagações sobre os fundamentos básicos, os alicerces "reais" do seu sistema, a teoria tradicional via-se facilmente em apuros, sim, acabou mesmo em ridículo.

É certo que, sobretudo na assim chamada "polêmica das escolas penais", na virada do século, muito já se debatera sobre os justos fins das penas, inclusive com o emprego de teoremas filosóficos inspirados nas ciências da natureza.³⁷ Não menos certo é que, Franz von Liszt, em seu "Programa de Marburgo",³⁸ já esboçara os contornos de uma "ciência penal total", e com isto já teria abordado o sistema jurídico-penal de fora. Certo é também que os neo-kantianos e os neo-hegelianos tentaram emprestar ao Direito penal suas próprias tradições filosóficas.³⁹ Tudo isto, porém, diante das pretensões

37. Discussão e fundamentação em Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften* (Modelos de prevenção na discussão alemã sobre os fins da pena, Relações entre Filosofia do Direito, Dogmática, política do Direito e ciências empíricas), 1987, principalmente 42ff.

38. Von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (A idéia de finalidade no Direito penal), in: ZStW 3 (1983), 1ff.; a este respeito, Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in: ZStW 94 (1982), 525ff.

39. Um bom exemplo é a tese de cátedra de Radbruch de 1904: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (A idéia de ação e seu significado para o sistema do Direito penal. Ao mesmo tempo, uma contribuição para a sistemática das ciências penais). Sobre este trabalho e suas relações com a teoria finalista da ação, Arthur Kaufmann na reedição de 1967, S. VIII.

33. Substancial acerca destas questões, Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre* (A campanha contra o Direito penal liberal. Um estudo sobre o antiliberalismo nas ciências penais dos anos vinte e trinta), 1974, principalmente 76ff., 167ff.

34. Detalhes nitidamente apontados em Maurach/Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 7 Aufl. (1987), § 16, II, B1.

35. Assim também, Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch, 2. Aufl. (1975), Rdnr. 7/14.

36. Exposição sucinta em Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* 4. Aufl. (1988), § 22, V 2-6.

da teoria finalista, não passava de meros estilhaços.

O finalismo entrou na arena com um saber homogêneo sobre nada menos que o núcleo do Direito penal — ação, antijuridicidade e culpa —, trazendo a firma convicção de que este saber se assentava sobre o Ser.⁴⁰ Nada de tradições ou opiniões, e sim, estruturas objetivas” (baseadas na “natureza das coisas” ou argumentos semelhantes), era a divisa, que, assim, conferia o finalismo a convicção da retidão da teoria penal. Os fundamentos do Direito penal não deveriam ser objeto do “achar” ou do convencional de cada um, e sim o resultado de cuidadosa observação científica (isto é, inacessível à cegueira científica). O legislador não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o regramento justo, podia apenas acolhê-lo ou rejeitá-lo, encontrá-lo ou perdê-lo. Esta certeza metódica dos finalistas não se restringiu a questões fundamentais, que pela sua generalidade não fossem vinculantes, mas estendeu-se por minúcias como a localização do dolo na estrutura do crime, as relações da autoria com a participação⁴¹ e a omissão imprópria.⁴²

Contra esta teoria não germinou nenhuma erva dogmática, mas apenas metodológica, e isto teve conseqüências palpáveis logo a seguir.

40. Levado a este ponto no manual de Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, II Aufl. (1969), § 8, I II.

41. “Quem quiser normatizar a ação, deve atentar à sua estrutura ontológica. A estrutura da ação humana finalista, nela compreendida a função do dolo, não pode ser modificada sequer pelo legislador, que, caso queira normatizá-la, deve observar suas características intrínsecas, sob pena de errar o alvo da normatização pretendida.” (Welzel. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Direito Natural e justiça material), 1951, S. 197).

42. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, etwa S. 17ff.

Qualquer opinião divergente acerca de ação, antijuridicidade, participação, dolo ou omissão não representava objeção séria, enquanto não fosse também guarnecida com certezas jusnaturalistas, “objetivas”. Portanto, uma teoria que apenas divergisse das teses finalistas perdia, pelo só fato de divergir, qualquer possibilidade de receber atenção acadêmica e legislativa, e de gerar efeitos práticos na jurisdição penal, porque seu modo de argumentar se afigurava demasiado frágil. Uma ciência do Direito penal, um legislador ou um órgão jurisdicional, que estivessem habituados a converter verdades objetivas, fundadas no Ser, em pensamentos e ações concretas, não se deixariam impressionar, no exercício de tal atividade, por uma crítica que contestasse o conteúdo intrínseco destas verdades, sem oferecer um outro fundamento igualmente objetivo (qualquer que fosse sua motivação). Do ponto de vista metodológico, o finalismo, na seqüência da redescoberta do Direito Natural, acabou por estragar a vitória.

2.3 Dogmática e metodologia

Contra o finalismo não surgiu nenhuma teoria penal igualmente munida de armadura jusnaturalista. Sobre as razões para isto pode-se apenas especular. Uma hipótese poderia ser a de que os potenciais críticos tivessem em tão alta consideração a nítida separação entre ser e dever ser, de importância secundária para o finalismo. Daí, esses críticos não desejavam seguir o caminho filosófico da “lógica das coisas” ou “natureza das coisas” para combater o finalismo. Também poderia ter tido alguma relevância o fato de que o finalismo já havia ocupado inteiramente o campo da “lógica das coisas”, de modo que, a um crítico que quisesse combater em pé de igualdade, só restavam opções metodológicas, e não dogmáticas: ou se destroçava o finalismo em seu próprio modo de argu-

mentar, ou se edificava um modo de argumentação igualmente poderoso. Ambas estas opções requerem uma certa fadiga filosófica a que as teorias penais de então não se achavam dispostas.⁴³

Portanto, as oposições ao finalismo mais promissoras situavam-se no plano metodológico. Elas não chegavam, por isto mesmo, a ser muito convincentes, e afinal não tiveram o êxito esperado. Dois trabalhos são a este respeito paradigmáticos.

Stratenwerth, um dos discípulos de Welzel com evidente distanciamento de suas concepções, abordou em 1957 o problema da "natureza das coisas". A despeito do título do trabalho, este ocupou-se na verdade do teorema das "estruturas lógico-objetivas".⁴⁴ Ao contrário de outros finalistas, que demonstravam notável indiferença por problemas metodológicos, neste trabalho o autor procurou estabelecer nítidas distinções entre realidades dadas e sua valoração, de maneira que, da base "lógica" do Direito penal pouco mais restou do que uma pálida "alusão ao ser humano como pessoa", isto é, como foco de valoração.⁴⁵ Convenhamos que este não era um bom começo, porque quase todas as concepções dogmáticas se ajustavam a enunciados semelhantes.

A Engisch coube, em 1961, no curso de uma polêmica metodológica principalmente com o finalismo, mas também com Stratenwerth, formular a única e decisiva questão: "Onde termina a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valoração? Quais são os critérios, com base nos quais, nós possamos decidir se e o que, na constatação da "natureza

peçoal" do ser humano, deva ser creditado na conta da realidade pré-existente ou na conta da valoração jurídica?".⁴⁶ No entanto, ele acusou Stratenwerth de hesitação no acolhimento de dados ontológicos.⁴⁷

Em suma, a crítica metodológica não atingiu frontalmente os alicerces do finalismo e, por conseguinte, não abalou seus teoremas dogmáticos. Ainda hoje não se tem por definido qual o *status* metodológico que deve ser atribuído às formulações dogmáticas da teoria finalista: se, para dar um exemplo, a localização do dolo é disposta na estrutura do crime devido à natureza (humana), ou se é sugerida apenas em decorrência de quaisquer razões de conveniência; se a pessoalidade da teoria da antijuridicidade se deve a algum espírito da época, ou se decorre de alguma idéia de justiça atemporal. Estas são lacunas dolorosas para um interesse filosófico nas ciências penais. O fim da teoria finalista e de seus êmulos ocorreu⁴⁸ do modo como Thomas Kuhn descreveu o "impulso revolucionário" nas descobertas e avanços científicos.⁴⁹ Seus teoremas dogmáticos — quando não foram de algum modo aco-

46. Engisch, *Zur "Natur der Sache" in: Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag*, apud Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung* etc., S. 216.

47. Idem, S. 212ff., 216ff.

48. Com mais pormenores e sob um ângulo de visão sociológico a este respeito, minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. (1990), S. 226ff.

49. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967, *passim*. Uma objeção a esta abordagem no domínio da Criminologia encontra-se em Keckeisen, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens Perspektiven und Grenzen des labeling approach* (A definição social de conduta desviante. Perspectiva e limites do labeling approach). 1974, principalmente S. 15ff.; a propósito. W. Hassemer, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, in: JZ 1976, 164ff.

43. Bem nítido em Hirsch, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Köln*, 1988, S. 399ff.

44. Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957.

45. Idem, principalmente S. 17ff.

lhidos — e sua metodologia não foram refutados, mas apenas esquecidos, e o fio da discussão prosseguiu em outros domínios e de outras formas.⁵⁰

2.4 *Política criminal academicista*

Os traços marcantes desta etapa, nomeadamente a concentração em fundamentos teóricos da disciplina e a inclinação para a solidificação hermética dos enunciados científicos, constituíram-se num veneno para qualquer relevância político-criminal desse tipo de ciência penal: Política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma “ciência penal total”, aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito penal, Direito trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da

juventude e da saúde pública. Para isto a Dogmática academicista encontrava-se pessimamente equipada. Mais devastador para um engajamento político-criminal seria ainda a inclinação para o endurecimento e a pretensão à imutabilidade dos enunciados normativos. Afinal, a política criminal, como qualquer outra política, baseia-se na capacidade e disposição de compromisso entre os contendores, o impasse surge inevitavelmente e insuperável frente a convicções baseadas no Ser, na “essência imutável das coisas”.

Não obstante, a etapa da Dogmática abstrata foi intensivamente submetida a experimentos político-criminais, com uma significativa participação de juristas penalistas,⁵¹ e com resultados que apenas corresponderam aos receios. Pode-se afirmar que foram sobretudo estes resultados que difundiram a impressão de que a era da Dogmática abstrata nas ciências penais se aproximava de seu fim.

Os empenhos para uma reforma do StGB (Código penal) começaram tão logo ele entrou em vigor. A República de Weimar produziu por certo alguns ante-projetos avançados, mas não teve a força e o tempo necessários para convertê-los em lei. A política criminal dos nazistas concentrou-se menos em mudanças legislativas que fáticas. Já na República Federal da Alemanha, a fase decisiva e resoluta na direção de uma reforma tornou-se visível a partir de 1954. A partir de então (e até 1959) passou a reunir-se a Grande Comissão Penal, composta de profissionais da prática e sobretudo dos mais renomados penalistas do momento. As sucessivas publicações dos relatórios das discussões, sob a forma de “minutas”, fez com que os debates se tornassem acessíveis e eficazes entre os interessados. Neste mesmo ano foram publicados

50. É moda desde há algum tempo invocar o modelo de Kuhn diante da constatação de qualquer mudança no campo das ciências para se diagnosticar uma “mudança de paradigma”, e, aqueles que assim procedem, não raro precipitam-se a proclamar sua descoberta. Por isto, deve ficar bem claro aqui que a questão, de se a passagem de uma Dogmática abstrata para uma teoria penal voltada para as consequências (*infra*, III) revelou uma mudança de paradigma ou algo menos espetacular, apresenta uma importância secundária, tendo em vista as dificuldades de se submeter os desenvolvimentos das ciências penais desses tempos a um tipo de ciência determinado. Portanto, a referência a Kuhn atesta não tanto uma mudança de paradigma, mas apenas a observação por ele registrada, segundo a qual as ciências superam seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela via do esquecimento, e que esta observação se aplica também às ciências penais e, particularmente, ao finalismo.

51. Visão sucinta em Baumann, Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*. 9. Aufl. (1985), § 5, II, 4.

os sete volumes dos "Anais da Reforma do Direito Penal",⁵² em 1956, 1959 e 1960 surgiram os ante-projetos parciais de um novo StGB que, afinal, convergiram no já mencionado "E 1962". Todo este movimento foi acompanhado e preparado por discussões dos professores de disciplinas penais em seus congressos de 1957, 1959 e 1961.

Do ponto de vista das ciências penais, o marco divisor situa-se entre o Congresso dos professores realizado em Saarbrücken, em 1963, e o realizado em Hamburgo, em 1964. Em 1963 deliberaram eles a realização de um congresso extraordinário em 1964, para uma exaustiva discussão do E 1962, quando então, através da crítica visceral ao tipo de política criminal vigorante, desenhou-se no horizonte a nova etapa das ciências penais alemãs.⁵³ Na mesma ocasião, constituiu-se um grupo de jovens professores de disciplinas penais que, a partir de 1966, com a publicação de vários volumes de "Projetos Alternativos", formularam uma concepção moderna do Direito penal na teoria e na prática, manifestada em várias sugestões legislativas e fundamentações doutrinárias.⁵⁴

52. Conteúdo essencial: pareceres dos professores de matérias penais sobre problemas da Parte Geral e Especial, Direito comparado, projetos de Direito penal e de execução penal do tempo da República de Weimar.

53. O primeiro Congresso de professores de matérias penais em que participei foi o de Hamburgo em 1964. Em nenhum outro momento vivenciei uma tão clara diferença entre duas situações (e gerações).

54. Esta virada é bastante clara em Roxin. *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-entwurfs*, in: ZStW 81 (1969), 613ff.; uma proveitosa comparação com análogo desenvolvimento na Áustria pode ser buscada em Stangl, *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich*, 1954-1975, 1985.

3. Teoria do direito penal voltado para as conseqüências

3.1 Política criminal voltada para as conseqüências

A crítica que, a partir de 1964, massivamente se exerceu sobre o E 1962⁵⁵ aponta — com maior concentração na política criminal — tanto a Dogmática abstrata e academicista do passado como os fundamentos da nova etapa. O citado projeto trouxe o Direito penal ao ponto culminante do espírito da época: criminalização ampla e abrangente, em interesse da integridade do sistema, com ênfase na proteção do Estado e da "moralidade"; elaboração teórica concentrada nas condições da punibilidade, principalmente na Parte Geral, em detrimento dos efeitos do Direito penal (penas e medidas de segurança); favorecimento dos tradicionais fins da pena de retribuição e prevenção por intimidação.

Os novos tons⁵⁶ soavam muito diferentes. Pense-se no caráter fragmentário do Direito penal e sobretudo no princípio da proteção de bens jurídicos: antes lacunas do que criminalização excessiva e, pelo menos, nenhuma ameaça de pena sem demonstração sólida da necessidade de

55. Paradigmáticos os dois livros de bolso (também esta forma de publicação não foi casual) organizados por Jürgen Baumann. *"Programm für ein neues Strafgesetzbuch"*, 1966, e *Mißlingt die Strafrechtsreform?* (Fracassa a reforma penal?), 1969. Interessante notar que, em 1966, a Parte Especial foi objeto de apenas um entre doze trabalhos, enquanto que, em 1969, ela foi o tema de um terço deles.

56. "Novo" aqui, naturalmente apenas em relação à etapa anterior. Não apenas no domínio penal, mas também nele, os novos tempos reportavam-se a modelos anteriores — certamente a modelos mais "corretos": aos teóricos de uma ciência penal total, de uma Filosofia cética, de uma execução penal centrada na prevenção especial e de face humana.

proteção penal de um interesse humano ameaçado. Com base nestes princípios, eliminava-se do Direito penal sobretudo a segurança do Estado, o aborto e os comportamentos sexuais; posteriormente, o corte se estenderia ao chamado Direito penal da bagatela.⁵⁷ A teoria da justa retribuição era apontada como anacrônica, e em seu lugar, entrava um direito sancionatório voltado à prevenção especial, com novas respostas ao fenômeno da criminalidade: humanas, criativas e eficientes. Alterava-se a reflexão penal de uma ênfase no *input* para uma ênfase no *output*⁵⁸: de uma justificação do Direito penal fundada em abstração e sistema para uma justificação pelos efeitos que possa produzir.

Isto não valia para todos os “jovens” penalistas na mesma medida, não valeu tudo de uma vez só e não valeu na pureza aqui apresentada.⁵⁹ Mas serviu para dar o tom mais marcante do alinhamento e da orientação da *scientific community* do tempo. Assim, pelo menos a partir da metade da década de 60: fundamentações sistêmicas no discurso jurídico-penal não

mais valiam como verdades inquestionáveis; sanções e execução penal converteram-se em objetos centrais da reflexão penal; uma consistente teoria da política criminal começou a desenvolver-se; a Criminologia e outras ciências sociais penalmente relevantes estabeleceram-se na teoria e no ensino como objetos de crescente atenção e o empirismo teve acesso às fundamentações jurídico-penais.

3.2 Crítica do Direito penal

Não somente as ciências penais, mas particularmente elas, viram-se expostas nesses anos a fortes pressões de legitimação e mudança. Muito antes do ano “mágico” de 1968, já se anunciavam e delineavam tendências na sociedade da República Federal da Alemanha, conforme já assinalamos com relação ao Direito penal. Estas tendências conferiram um novo tom às bases da chamada “Era Adenauer”.⁶⁰ O sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social, onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e da imposição de sofrimento:⁶¹ espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz, para a prevenção, estabilizador da dominação.

A visceral crítica do Direito penal nos anos 60 e 70 concentrou-se principalmente em dois pontos e os fustigou impiedosamente. (Logo a seguir, tornou-se evidente quão mal preparados estavam os penalistas para este tipo de crítica,

57. Projeto de lei contra o furto de lojas, em sintonia com o Projeto Alternativo de Código penal, apresentado por um grupo de trabalho de professores de disciplinas penais alemães e suíços, 1974; discutido no 51.º Congresso alemão de juristas 1976 (pareceres de Naucke e Deutsch).

58. Acerca destes conceitos e de seu objeto, Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. 1974, S. 25ff., 58ff.; mais pormenorizado sobre o sistema do Direito penal, meu trabalho “*Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*” (Sobre a consideração das consequências na interpretação da lei penal), in: *Festschr. f. Coing*, 1982, I, S. 493ff., 498ff.

59. As divergências podem ser muito bem apreciadas, inclusive nas formulações, na polémica em torno do aborto. O AE (Projeto Alternativo) propôs aqui uma solução majoritária e outra minoritária: AE-BT, *Straftaten gegen die Person*, I. Halbband, 1970, S. 25ff, 35ff.

60. H. Rudolf, *Mehr als Stagnation und Revolte. Zur politischen Kultur der Sechziger Jahre* (Mais que estagnação e revolta. Sobre a cultura política dos anos sessenta), in: Broszat (Hrsg.), *Zäsuren*, S. 14ff.

61. Característico deste estigma é até o presente o livro *Limits to pain* (Limites da dor) (original em norueguês e inglês, 1980/81; alemão, *Grenzen des Leids*, 1986), de Nils Christie.

sobretudo nas salas de aula das faculdades de Direito, onde ela se manifestava da forma mais ferina; as explicações e fundamentações de que os professores lançavam mão já não impressionavam mais os estudantes críticos.) Esta crítica desmascarou seu objeto em duas direções: que o Direito penal não podia invocar a seu favor, quer a aplicação e execução de leis genéricas, quer a produção de ordem ou justiça, ao contrário, o Direito penal constituía-se na verdade em um instrumento clandestino a serviço de necessidades ou desejos, individuais ou sociais, de dominação ou punição.

A primeira variante da crítica formulou-se negativamente e buscou sua fundamentação em argumentações das ciências sociais e da teoria da interpretação; com isto, pretendia ela arrancar a máscara da face do sistema.⁶² A segunda variante formulou-se afirmativamente e buscou sua fundamentação preferentemente em argumentações psicológicas, psicanalíticas e analíticas; com isto, pretendia mostrar a verdadeira cara do sistema.⁶³

62. Paradigmático para a teoria da interpretação. Rottleuthner. *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik* (Atividades do juiz. Para uma crítica da dogmática jurídica), 1973. A crítica baseada nas ciências sociais atingiu sua formulação mais radical na teoria do "labeling approach"; a propósito, Fritz Sack, *Definition von Kriminalität als politisches Handeln; der labeling approach* (Definição de criminalidade como atividade política; o labeling approach), in: *KrimJourn* 1972, 3ff.

63. Característicos desta modalidade de crítica os trabalhos reeditados em 1971 e 1973, de Reik, *Geständniszwang und Strafbedürfnis* (Coação à confissão e necessidade de punir); de Alexander, Staub. *Der Verbrecher und sein Richter* (O criminoso e seu juiz); assim como de Reiwald. *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher* (A sociedade e seus criminosos). Paradigmático da crítica psicológico-psicanalítica deste tempo, Arno Placks. *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts* (Memorial pela abolição do Direito penal), 1974.

Como quer que ela seja avaliada, esta crítica preencheu uma condição que até o momento só fora realizada em rudimentos ou fatias: Ela partiu de fora do sistema penal e daí podia abordá-lo de forma nova e diferente. (Presumivelmente, é esta circunstância que explica a irritação dos "insiders" de então, não sem alguma razão, pelo menos quanto a algumas das críticas, tacanhas e precipitadas ou levianas). Já não mais era possível confortavelmente discutir sobre as vantagens ou desvantagens dos métodos objetivos e subjetivos de interpretação, diante da ousada tese segundo a qual nenhum método garantia uma interpretação segura, de modo que o juiz, no fim das contas, julgava por capricho e, mesmo que não quisesse, acabava exercitando uma justiça de classe. Ficou ainda sem resposta a subversiva objeção, segundo a qual a criminalidade não era um fenômeno real, mas construído e produzido pelas instâncias do controle social (polícia, ministério público, tribunais penais), e mais: esta construção efetuava-se seletivamente em prejuízo dos mais fracos. Assim, a tão acalentada idéia da cura, da recuperação e da prevenção especial perdia seu brilho diante da constatação de que o criminoso não passava de um bode expiatório, sobre o qual os demais descarregavam suas culpas, para que ele as absorvesse.

Decerto não se pode afirmar que estas teses tenham encontrado acolhida nos projetos alternativos de código, mesmo considerando que eles se assentavam sobre uma crítica do Direito penal. Também seria exagerado ver nestas teses o padrão da teoria do Direito penal voltado para as consequências. Elas constituem, porém, em ambas as direções, emanções do mesmo contexto empírico, marcantes expressões de seu tempo (tanto em seu conteúdo, quanto em sua forma radical de se apresentarem). Indubitavelmente, seu modo provocador impulsionou as ciências penais para a ênfase no *output*.

3.3 Realidade e alcance

Neste ponto, ainda é possível fixar os marcos mais característicos da teoria do direito penal voltado para as consequências nas mesmas bases assinaladas para as ciências penais do pós-Guerra⁶⁴ e para a etapa subsequente da Dogmática abstrata,⁶⁵ a saber, concentração em questões teóricas fundamentais e solidificação hermética dos enunciados. A partir da segunda metade da década de 60 os ventos começam a soprar na direção contrária: Cumpria ampliar o ângulo de visão das ciências penais para abarcar a realidade penalmente relevante e considerar os conhecimentos de outras áreas que se ocupam desta realidade.

A teoria do Direito penal voltado para as consequências traduziu, pela primeira vez no período ora abordado, uma súbita reação das ciências penais à crítica do Direito penal lançada de fora do sistema penal. (Algo semelhante só pôde ser visto em algumas das primeiras reações do período do pós-Guerra aos ilícitos da era nazista — mas estas reações assentavam-se na própria tradição do Direito penal e, em sentido estrito, não representavam reação a uma crítica ao Direito penal). Esta crítica obrigou as ciências penais — na medida em que elas não se fizessem de surdas — a repensar suas relações com a realidade. Estas relações eram precisamente o alvo visado pela crítica, por mais diversificados que fossem seus fundamentos e direções.

Os efeitos reais produzidos pelo sistema penal, e não sua profundidade e coerência teóricas surgiram na metade dos anos 60 na ordem do dia. Assim, a discussão não mais se interessava pela justificação de princípios e de fins; doravante, constatações empíricas adquiriam um significado que não podia ser

negligenciado. Consequentemente, a metodologia jusnaturalista e a concentração em questões teóricas fundamentais chegavam a seu fim. Agora, as polêmicas se estabeleciam em torno da metodologia das ciências empíricas, em torno da elaboração penal da realidade penalmente relevante e, com isto, se transferiam para matérias penais até então “olhadas de cima” pela teoria penal tradicional: Criminologia, execução penal, detalhes da história do Direito penal, aspectos do processo penal e da Política criminal.

Evidentemente, a nova ordem do dia não era produto exclusivo da crítica ao Direito penal (a crítica era uma parte das discussões em voga e não objeto de toda a discussão). Ao contrário, a temática trouxe ao primeiro plano uma modificação e um agravamento das exigências de legitimação postas frente à dominação do Estado (e da sociedade). Cumpria mostrar que a dominação era “racional”, que ela não visava a si mesma mas traduzia uma função útil para os dominados.⁶⁶ Para o Direito penal isto significava: proteção de interesses humanos elementares ameaçados; intimidação das pessoas propensas ao crime; e recuperação do delinquentes com o menor custo para ele.

Estas eram as tarefas (e por isto também as promessas) do sistema penal. Traduzidas em abstrações penais, elas significam: proteção de bens jurídicos, prevenção geral (negativa) e ressocialização — nas confluências de uma práxis jurídica humana e guiada pela proporcionalidade.

3.4 Pontos principais

Os três aspectos principais dos afazeres das ciências penais a seguir expostos conciliam-se sem dificuldade com o modelo contemporâneo de uma teoria do

64. *Supra*, I.4.

65. *Supra*, II.1

66. Paradigmático a este respeito, Hondrich, *Theorie der Herrschaft* (Teoria da dominação), principalmente S. 16ff., 62ff.

Direito penal voltado para as consequências (a - c). Também o chão onde eles germinaram apresenta particularidades instrutivas (d).

3.4.1 Proteção de bens jurídicos

O princípio da proteção do bem jurídico traz para a discussão — pelo menos no contexto⁶⁷ em que foi introduzido pela teoria do Direito penal voltado para as consequências — um pressuposto tanto crítico quanto de conteúdo para aferição de uma correta legislação penal.⁶⁸ Ele enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, o Direito penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis. Este princípio apresenta-se para a política criminal, campo onde ele mais almeja

67. Sobre as profundas raízes deste contexto, veja-se exposição concisa com remissões em W. Hassemer, in: AK StGB (*Comentário alternativo ao Código penal*), 1990, vor § 1 Rdnrn. 255ff.

68. Ilustrativo, Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens* (Proteção de bens jurídicos e proteção de bens jurídicos e proteção da sociedade. Investigações a respeito do conteúdo e âmbito de aplicação de um princípio de Direito penal em bases dogmático-históricas. Também uma contribuição sobre a teoria da "nocividade social" do crime), 1972; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre* (Teoria e Sociologia do crime. Bases para uma teoria do bem jurídico orientada para a práxis), 1973.

influir, tanto mais rico em consequências quanto mais ele consiga apontar e restringir como "bens jurídicos" penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis. Conceitos como "saúde popular", "condições funcionais do mercado de capitais", "economia popular" ou "moralidade sexual coletiva" não trazem nenhuma pitada político-criminal, eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário — principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar —, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas.⁶⁹

A teoria do bem jurídico como crítica ao sistema penal⁷⁰ teve seus êxitos mais notáveis em um clima político-criminal e político-social que — como ela mesma — apresentava-se adverso a uma tutela penal moralista e a uma criminalização abrangente, e mais voltado para a garan-

69. Mais pormenores a respeito em meu trabalho *Grundlinien einer personalen rechtsgutslehre* (Linhas básicas de uma teoria pessoal do bem jurídico), in: Philipps, Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 85ff.

70. Como é de se esperar de uma teoria voltada para as consequências, ela cobra do sistema do Direito penal e de seus tipos legais a legitimação dos preceitos através da invocação da proteção de algum bem jurídico, e não se contenta com uma mera classificação do sistema do Direito penal segundo um sistema de bens jurídicos desde logo acatado sem discussão, artifício que seria aceitável apenas numa teoria sistêmico-imanente. Sobre a distinção entre uma concepção crítica e uma sistêmico-imanente de bem jurídico, minha *Theorie und soziologie des Verbrechens*, S. 19ff.

tia da liberdade e da proteção do acusado.⁷¹ Serve de exemplo a reforma do Direito penal sexual, o qual, nas etapas anteriores, muito ilustrativamente, compreendia e se intitulava “crimes contra os costumes”. Cedo começou a ser formulada a indagação crítica acerca do bem jurídico legítimo de um tal Direito penal,⁷² até que, em 1968, o 47.º Congresso alemão de juristas,⁷³ e em 1969, o legislador,⁷⁴ extraíram as consequências práticas: Desconsideraram as ameaças de pena contra figuras como adúltero, homossexualidade entre adultos, atos libidinosos com animais, induzimento à prostituição e restringiu os delitos sexuais aos dois únicos bens jurídicos aceitáveis: liberdade sexual e proteção da juventude.

Estes episódios conferiram ao Direito penal voltado para as consequências um contorno definido no campo da criminalização: Ele podia agora afirmar que sua bandeira era a proteção do ser humano

71. Este tipo de clima acarretou consequências análogas no Direito penal formal. A chamada *Pequena Reforma Processual penal de 1964*, que se sucedeu no contexto de um esforço de uniformização do Direito, ampliou as garantias jurisdicionais do processo penal e os poderes do acusado, enquanto a evolução posterior caracterizou-se por um esforço de celeridade e simplificação do processo penal. Breve resumo em Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 22. Aufl. (1991), § 72.

Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung* (Elaboração da lei penal e proteção de bens jurídicos em delitos contra os costumes. Uma pesquisa criminal-sociológica). 1957; sobre “bem jurídico e moralidade”, S. 29ff.

73. *Gutachten A* (Parecer A) de Hanack: *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* (Convém fixar os limites do Direito penal sexual novamente?), 1968; sobre o princípio do bem jurídico, Rdnrn 29ff.

74. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* v. 25.6.1969 (BGBl, Boletim legislativo federal, I 645).

— só dele e isto apenas nos limites da necessidade, da adequação e da proporcionalidade dos meios. Com o comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, ocorreu que, de um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, de outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas. O Direito penal passa a se apresentar como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos via instrumentos penais), subordina, porém, o emprego de seu maquinário — porque ele magoa e fere intensivamente — a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só entrará em campo quando nada mais adiantar.

E, quando ele entra em campo, decerto fica na necessária expectativa de êxito. Inegavelmente, as teorias do bem jurídico apresentaram-se no primeiro plano do cenário penal com prudente cautela e sobretudo munidas do aspecto de negação e crítica do Direito penal que conferiu vigor ao princípio (“sem bem jurídico idôneo, nenhuma ameaça de pena é justificável”). Quem, porém, entra em campo usando como escudo, não importa como, a proteção de bens jurídicos, deve prever a objeção que se traduz na pergunta: A pretendida proteção será efetivamente atingida com o emprego de tais instrumentos? Por conseguinte, o conceito de bem jurídico tem um potencial de crítica ao sistema e pode, ao mesmo tempo, combinar inteligentemente a vigência de princípios consagrados com as elaborações empíricas do Direito penal. No entanto, daqui decorrerão novos e diversificados problemas de fundamentação.

3.4.2 Prevenção por intimidação

Estes problemas decorrem fundamentalmente das esperanças em resultados benéficos produzidos pela cominação e execução de penas: esperança de que os concidadãos com inclinações para a prá-

tica de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Costuma-se qualificar as teorias preventivas da pena como “modernas”, embora elas tenham surgido na história da Dogmática mais uma vez, aliás com razão, e freqüentemente revezaram-se com as opções “clássicas” de retribuição e expiação, nas discussões sobre os fins da pena.⁷⁵ Também a teoria da prevenção por intimidação, na versão em que hoje consideramos aceitável, já fora formulada pelo criminalista Feuerbach na virada do século. Para que se pudesse atar o homem perverso a uma corrente, capaz de afastá-lo de sua natural inclinação para o mal, era preciso submetê-lo a uma “coação psicológica”.⁷⁶ Mediante uma inequívoca mensagem expressa na lei e na sua execução, de que o crime não compensa: que as sanções do Direito penal exerçam mais influências nas conjecturas dos homens propensos à delinquência do que as esperanças nas vantagens do crime.

Ora, o teorema acima adequa-se sem reparos a uma teoria do Direito penal voltado para as conseqüências, pode mesmo converter-se na sua pedra fundamental. Assim como já fazia a teoria da proteção do bem jurídico, também a prevenção por intimidação aborda os fins da pena, direcionando o foco do Direito

penal para observações empíricas, e delas tira proveito: Enquanto as concepções “clássicas”, se as tomamos ao pé da letra,⁷⁷ não estão absolutamente interessadas nos efeitos da pena e contentam-se com uma compensação pela ilicitude e culpabilidade da conduta do agente — pois na sua ótica os fins da pena são retribuição e castigo —, aqui se indaga dos reais efeitos da cominação e execução de penas e se sustenta que o Direito penal: produz tais efeitos; pode regular tais efeitos através do ponderado emprego de seus instrumentos e, é capaz, por conseguinte, de ajustar-se funcionalmente ao sistema de controle social das condutas desviantes.

Da mesma maneira que sucedeu com o conceito de bem jurídico, delineia-se com relação ao fim da pena visto na intimidação a incessante pergunta: Pode o sistema penal “efetivamente” garantir estes maravilhosos efeitos? Ou, como se opera concretamente o atingimento dos efeitos? Esta questão estabeleceu-se em toda a sua extensão na discussão dos fins da pena, foi exaustivamente debatida com mais profundidade que na discussão do bem jurídico, e conduziu a formulações novas e marcantes.

A indagação acerca dos “reais” resultados da prevenção geral compeliu a teoria da pena a uma ultrapassagem

75. A propósito, e sobre o que se segue, mais pormenores em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28, §§ 29f.

76. A isto deve a teoria o seu nome. Pormenores em Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbach*. 1962, principalmente S. 39ff.; breve resumo em Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 8 IV 2.

77. É fora de dúvida que, mesmo as teorias “sem fins” da pena, no fundo perseguiam fins, e as teorias “clássicas” ao invocarem a seu favor a busca da justiça e da compensação pela infração. Atribuíam a tais efeitos uma certa conotação empírica. Todas elas podem ser agrupadas sob o rótulo “persecução de fins através da negação de fins”, conforme demonstrei em meu trabalho *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht* (Fins da pena num Direito penal orientado para as ciências sociais), in Hassemer, Lüderssen, Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* (Progressos no Direito penal através das ciências sociais?), 1983, S. 39ff., 49ff.

semântica e sistêmica dos limites dentro dos quais até então abordara os fins da pena. Na medida em que no Direito penal é difícil a montagem de uma situação experimental, na medida em que afirmações sem lastro sobre “os efeitos” sociais “do Direito penal” logo viram-se expostas a intenso tiroteio, aliás merecidamente, a indagação voltou seu foco para explicações psicológicas e baseadas na teoria da comunicação. Isto é bastante compreensível, pois, onde, se não nas cabeças e nos corações dos homens, pode desenvolver-se um efeito preventivo geral resultante da pena?

Pelo menos na República Federal da Alemanha,⁷⁸ a prevenção por intimidação não foi acolhida com a mesma despreocupação que caracterizara seu desenvolvimento na Escandinávia e nos Estados Unidos, mas antes com um certo receio. Afinal, esta teoria não estava imune a um terror de Estado⁷⁹ e, de mais a mais, prestava-se a justificar instrumentos repressivos mais enérgicos, circunstâncias que suscitavam grandes suspeitas de parte da avançada teoria do Direito penal voltado para as consequências, já firmemente instalada na doutrina e na legis-

lação. Considerando estas condições, Bernhard Haffke formulou a teoria da prevenção geral de modo que se tornasse compatível com o Direito penal voltado para as consequências.⁸⁰ Assim, foi como que construída uma ponte entre as concepções até então correntes na discussão dos fins da pena e as novas percepções baseadas na psicologia profunda sobre a função do Direito penal. Deste encontro, ambas ressurgem de cara nova: as construções oriundas do Direito penal abandonam suas presunções abstratas e adotam hipóteses empiricamente verificáveis; as construções da psicologia profunda trocam suas ladainhas de sentimentalismo por enunciados objetivos acerca do que o Direito penal é capaz e do que ele realiza.

A crítica a esta forma de prevenção geral aprofundou a discussão sobre os fins da pena e situou a proclamada orientação do Direito penal para as consequências em um novo contexto, relativizando suas afirmações. Esta crítica, de um lado, questionou a função de dominação e de estabilização do Direito penal, que esta vertente da prevenção geral encerrava, uma função estranha aos objetivos da psicologia profunda.⁸¹ De outro lado, a mesma crítica reativou uma objeção ao mesmo tempo normativa e metodológica contra toda e qualquer forma de prevenção por intimidação.⁸² A intimidação como

78. Cf., em contrapartida, Andenaes, *Punishment and Deterrence*, 1974; sobre uma rara situação criada por um experimento de prevenção geral em 1944 na Dinamarca. S. 16ff.

79. Mesmo as melhores intenções pedagógicas de dissuadir pessoas propensas ao crime somente são aceitáveis dentro dos limites de uma reação penal humana e proporcional. Esta assertiva não deriva automaticamente da teoria da prevenção por intimidação, antes deve ser a ela criticamente oposta, como uma baliza. Pode-se até mesmo demonstrar que o *ethos* da prevenção geral se presta a “experimentar” uma criminalização mais abrangente e o agravamento das penas no “combate à delinquência”. Todavia, prevenção geral sem as barreiras erguidas pelo Estado de Direito, pela proporcionalidade, pelas garantias do processo e do formalismo constitui terrorismo de Estado.

80. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung* (Psicologia profunda e prevenção geral. Uma pesquisa teórico-penal), 1976.

81. Exemplar a polêmica entre Haffke (S. 133ff.) e Herbert Jäger (S. 47ff., 173ff.), in Jäger (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozeß. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis* (Criminologia no processo penal. Sobre o significado de conhecimentos psicológicos, sociológicos e criminológicos na prática do Direito penal), 1980.

82. Exposta nos artigos de Naucke (S. 9ff.) e Hassemer (S. 41ff.), in Hassemer, Lüderssen,

forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito penal não atingiria o alvo que ele se propõe), e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).

Pois, para se ter alguma esperança com um mínimo de fundamento nos efeitos da prevenção geral, é preciso que ambas as condições estejam presentes e interdependentes. Ora, quem seria tão ingênuo de esperar tanto do Direito penal? Quando se procura explicar por que as pessoas em geral comportam-se de conformidade com o Direito, salta aos olhos que não é por obra do Direito penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária, desmentindo-se assim a convicção do criminalista Feuerbach.

A teoria da prevenção por intimidação, tão plausível em suas afirmações e tão promissora nos seus efeitos como parecia à primeira vista, não foi capaz de apresentar qualquer argumentação contra a crítica normativa e não ofereceu nenhuma réplica à objeção metodológica. Ela não sobreviveu à etapa do Direito penal voltado para as consequências.

3.4.3 Ressocialização⁸³

Uma verdadeira teoria do Direito penal voltado para as consequências teria que

não apenas dedicar-se à proteção de bens jurídicos (a) mas também cuidar para que os concidadãos inclinados para o crime não atentassem contra esses bens b) É de todo imperativo que a mão salvadora e restauradora do Direito penal se estenda também àquele cidadão que falhou na sua conduta, com isto mostrando que tem problemas, e que portanto poderá voltar a criar problemas para a sociedade. Numa palavra, Direito penal voltado para as consequências tem necessariamente que ser também um Direito penal da recuperação e do tratamento, um Direito penal da ressocialização.

Do mesmo modo que ocorre com a prevenção geral, também as esperanças depositadas na prevenção especial pelas teorias penais contemporâneas não são invenções destas últimas. A prevenção especial está como que ao alcance da mão. É também de se assinalar que, ao contrário das várias teorias da prevenção por intimidação, a prevenção individual não causou muita sensação nos meios acadêmicos.⁸⁴

Desde que existe pena privativa da liberdade existe também alguma representação ou noção de como e com que fim preencher o tempo vazio do preso, e até o presente a reintegração social concebida como fim da pena está visceralmente ligada à execução de penas privativas da

penal com o mesmo sentido. A distinção entre os respectivos conceitos não é relevante numa abordagem geral como a presente.

84. Texto representativo: Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* (Teoria da pena no Estado de Direito democrático e social), 1974, principalmente S. 97ff.; Eser, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges* (Ressocialização na crise? Reflexões sobre o fim de socialização da execução penal), in: Festchr. f. Peters, 1974, S. 505ff.; Kaiser, *Resozialisierung und Zeitgeist* (Ressocialização e espírito da época), in: Festchr. f. Württemberg, 1977, S. 359ff.

Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.

83. Utilizarei as expressões ressocialização, prevenção especial e tratamento na execução

liberdade.⁸⁵ De alguma maneira, este fim da pena apresenta-se diante de nós como uma obviedade que não reclama justificação. Quem porém resolva aprofundar-se no seu conteúdo vai deparar com a atitude de suspeita da teoria fria e insensível. De mais a mais, quem se aventura nesta empreitada terá que contar com a hostilidade de uma concepção assentada na jurisprudência, segundo a qual a ressocialização é uma emanção do Direito fundamental à dignidade humana⁸⁶ previsto na Constituição, e por fim defrontar-se com a realidade de certos campos do Direito penal “moderno” intensamente permeados do ideal ressocializador (no plano teórico), como o Direito penal da juventude⁸⁷ e das drogas.⁸⁸ Aqui sem dúvida situam-se as razões pelas quais a ascensão e queda da idéia da ressocialização procede com certa lentidão.

Todavia, apesar da roupagem suave e discreta da teoria da ressocialização, ela não escapa a justas críticas.

Elas começam pela indagação⁸⁹ sobre o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme ao Direito penal?), uma “conversão” também interna, uma “cura”, um consentimento (?) com as normas sociais-jurídicas-penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de

recuperação, a rigor, se justifica. No mais tardar no momento da escolha de seus instrumentos, o programa já deve ter uma noção exata dos fins pretendidos. Ademais, considerando a incerteza reinante quanto aos objetivos de uma ressocialização, não faz evidentemente nenhum sentido prosseguir na discussão sobre os reais efeitos da ressocialização e do tratamento, fica difícil até formular perguntas. Aqui há um perigo: enquanto apenas se especula sobre esses efeitos e continuamente se lança mão do surrado argumento “nada funciona”,⁹⁰ a idéia da ressocialização se transforma em moeda de troca de qualquer política de segurança pública e da respectiva ideologia. Na Escandinávia, nos Estados Unidos, menos espetacularmente também entre nós, ela primeiro se apresenta como panacéia, um verdadeiro salvo-conduto para a solução de todos os problemas da criminalidade e, pouco depois, converte-se no charlatão, que subtraiu dos presos e da sociedade tempo de vida e dinheiro.

No cerne da idéia de ressocialização entrecruzam-se perguntas críticas⁹¹ sobre a medida de pressão que ela é capaz de tolerar. Estas perguntas representam um perigo a sua sobrevivência, porque investem contra o maior capital político-criminal da idéia de recuperação, que é sua “humanidade”: “Recuperar em vez de punir” — uma antiga palavra de ordem que atormentou incessantemente (com algum êxito) as teorias penais clássicas e fez a ideologia da recuperação parecer progressista e sem concorrentes — perde agora muito de seu brilho inicial, depois

85. Em um local proeminente (§ 2, primeira frase), proclama a Lei de Execução Penal de 16.3.1976: “No decurso da execução da pena, deve o preso tornar-se capaz de conduzir uma vida futura com responsabilidade social e sem atos puníveis (fim da execução)”.

86. B VerfGE 35, 202 (“Caso Lebach”, sentença da Corte Constitucional da Alemanha).

87. §§ 3ff., 9ff. JGG (Lei dos tribunais da juventude).

88. §§ 35ff. BtMG (Lei dos estupefacientes).

89. Müller-Dietz. *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, principalmente S. 52ff., 107ff.

90. P. A. Albrecht, *Jugendstrafrecht*, 1977, § 6 II. com demonstração.

91. Ilustrativo. P. A. Albrecht, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen* (Prevenção especial e novos grupos de infratores), ZStW 1985, 830ff.; W. Hassemer, *Resozialisierung und Rechtsstaat* (Ressocialização e Estado de Direito), KrimJourn 1982, 161ff.

que demonstra que “recuperação” na execução penal é outra coisa que um convalescimento no hospital.

Como meio utilizado pelo Direito penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização⁹² constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatador o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcisar⁹³ seu estilo de vida e seus modelos de comportamento específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que respeitáveis representantes da idéia da ressocialização⁹⁴ acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias da socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade), de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo o panorama que se descortina sobre pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então não fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou imune a era do Direito penal voltado para as consequências.

Nesse meio tempo, as vozes favoráveis tornaram-se mais tímidas. “Tratamento” não é mais apresentado ofensivamente, como fim genérico ou único da pena privativa da liberdade; mas apenas como uma medida adicional da execução, que

além do mais deve ser diferenciada, segundo os diversos tipos de presos e de momentos da execução. Atualmente, o conceito de tratamento inspira-se mais em concepções de apoio ao preso que de intervenção no seu comportamento. Assim, a idéia de ressocialização passa a reivindicar pelo menos que a dessocialização provocada pela vida no cárcere seja reduzida ao mínimo possível.⁹⁵ É óbvio que não se pode esperar para médio prazo que propostas humanizadoras e objetivamente inatacáveis, tais como tipos de tratamento em liberdade ou “terapias emancipadoras”,⁹⁶ encontrem na doutrina, na prática e na política legislativa a necessária maioria para que sejam implementadas. O Direito penal ainda se acha muito impregnado de uma certa “raiva do carcereiro”. Se, porém, a idéia de ressocialização abrir mão definitivamente de suas pretensões de querer reinar com exclusividade na teoria e prática da execução penal e de querer melhorar o mundo na pessoa do preso, ela ainda pode render bons frutos. Ela poderá, por exemplo, tornar-se mais sensível à dor da privação da liberdade, trazer algumas mitigações para o decurso da execução e contribuir para uma paulatina abolição da pena privativa de liberdade.⁹⁷ Assim, um instrumento concebido ou fomentado pela ideologia da recuperação poderá a final, astutamente, sair vencido ou pelo menos enfraquecido por esta mesma ideologia: a privação da liberdade como pena criminal.

92. Alguns eliminam o prefixo “re”, para exprimir que os indivíduos que compõem sua clientela devem ser socializados pela primeira vez na vida — no que revelam uma concepção particular de socialização, normativamente disfarçada, e exibem uma arrogância frente a outros modos de vida.

93. Neste sentido, Schellhoss. *Rehabilitation, Resozialisierung*, in: Kaiser, Kerner, Sack, Schellhoss (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* (Pequeno dicionário criminológico), 2. Aufl. (1985), S. 359ff., com exemplos.

94. Exemplos em Jescheck, AT, § 8 V 4.

95. Paradigmático Schüler—Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen* (Política criminal para gente), 1991, s. 189ff. u.ö.

96. Paradigmático Haffke, *Hat emanzipieren de Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), *Seminar Abweichendes Verhalten III* 2. S. 29 If.

97. Ilustrativo, Lüderssen, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe* (Gradativa substituição da pena privativa de liberdade), in: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 83ff.

3.4.4 Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico

Proteção de bens jurídicos, prevenção por intimidação e ressocialização são apenas centros de gravidade de uma teoria do Direito penal voltado para as consequências. Eles não compreendem todos os temas de que esta teoria se ocupou, mas sobressaem do conjunto da produção científica, que os sustentou e nutriu. Um quadro fidedigno da teoria do Direito penal para as consequências requer que se dirija a atenção também aos sinais distintivos menos espetaculares desta etapa.

O conteúdo dos referidos pontos principais resultou sobretudo do alargamento do foco jurídico-penal para as ciências apoiadas na observação da realidade.⁹⁸ É certo que, desde longa data, questionamentos e resultados produzidos pela Medicina, Psicologia e ciências afins não eram estranhos às cogitações do Direito penal, sobretudo na práxis. Pense-se por exemplo nos institutos da imputabilidade no Direito material e na fidelidade dos depoimentos no Direito processual. No entanto, o Direito penal voltado para as consequências abordou estas questões de um novo ângulo, não mais como ciências auxiliares ou inferiores.

Este novo ângulo é abreviadamente (não sem alguma polêmica a respeito) denominado de “absorção das ciências sociais no Direito penal”.⁹⁹ Ele contém mais do que o nome indica.¹⁰⁰

98. A isto já se aludiu *supra* III.3.

99. Prova disso são dois trabalhos de Naucke: *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften* (Sobre a relevância jurídica das ciências sociais), 1972, e *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts* (A filosofia social do Direito penal voltado para as ciências sociais), in Hassemer, Lüderssen, Naucke, *Fortschritte?*, S. Iff.

100. Representativos os seminários publicados em quatro volumes por Lüderssen e Sack: “Abweichendes Verhalten, 1975 — 1980”

A determinação do Direito penal de usar as ciências para ele relevantes não mais como ciências “auxiliares”, mas para deixar-se instruir por elas, não tinha por objetivo apenas absorver o estranho harmonicamente, e sim de modificar criticamente o próprio. Conhecimentos e métodos estranhos deveriam ser alçados à posição de colaborar na reformulação das questões fundamentais acerca do objeto, do fim e da justificação do Direito penal, em vez de simplesmente responderem aos quesitos que lhes eram previamente formulados pelo Direito penal. Os conhecimentos de outras áreas não mais deveriam, por exemplo, preencher de recheio científico a rede dogmática tecida pelo Direito penal sobre a aptidão para a culpabilidade (§§ 20, 21 StGB), e sim participar na confecção da rede mesma, opinando sobre como ela deve ser e no que vai dar no futuro.¹⁰¹ Afinal, uma teoria que se diz orientada para as consequências não terá êxito por meio de uma observação distante dos efeitos produzidos pelo sistema penal; ela pressupõe um entrelaçamento da realidade com seu processamento teórico. Se este resultado ocorre, deve-se contar como certo que o processo de aprendizado deixará suas marcas e o próprio objeto de estudo não terá o mesmo aspecto de antes.

“Absorção das ciências sociais”¹⁰² não significava portanto um simples remendo

(Temas: As normas seletivas da sociedade. A reação social à criminalidade: produção de leis penais e dogmática penal: processo penal e execução penal. Política criminal e Direito penal), assim como os dois volumes *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* (Sobre as vantagens e desvantagens das ciências sociais para o Direito penal), 1980.

101. Exposição em Schild, in: AK StGB (Comentário alternativo ao Código penal), 1990, § 20 Rdnrn, Iff., 50ff.

102. Para se verificar que a expressão “ciências sociais” alcançam inclusive a Psicologia individual, conhecer quais os campos e

de conhecimentos e questionamentos estranhos no sistema do Direito penal. Mais do que isto, significava uma reestruturação do sistema mediante novos critérios de racionalidade e correção, de relevância e de justificação. Uma práxis bem sucedida e uma ciência do Direito penal de boa qualidade não mais poderiam ser aferidas unicamente com teorias concludentes e em princípio bem elaboradas, nem com suas respectivas projeções em “casos” abstratos e assépticos. Era preciso muito mais: que o foco de observação se estendesse por toda a amplitude do sistema e dos efeitos que ele produzia, por causalidades e ações recíprocas, por molduras normativas e condições efetivas de transformação e aprimoramento. Sob a bandeira das “ciências sociais” navegavam todos os elementos que reclamavam ou prometiam uma reforma do sistema do Direito penal de fora para dentro.

Isto não era pouco e nem apresentava homogeneidade. Tampouco era novidade, a se julgar pelo projeto. Tudo aquilo que a idéia de uma “ciência total do Direito penal” não conseguira produzir na era da Dogmática abstrata,¹⁰³ veio a calhar apropriadamente na teoria do Direito penal voltado para as consequências: a condução exitosa de uma idéia, sob a qual se agruparam todos os esforços e tendências, que tinham como denominador comum a desqualificação da Dogmática penal à posição de uma atividade esotérica. A idéia era venerada e, ao mesmo tempo, vaga o suficiente, para reunir por longo tempo as mais hetero-

temas se oferecem para uma reflexão no seu âmbito e extremar os seus confins, veja-se, com farta fundamentação, meu trabalho *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht* (Aplicação do Direito penal orientada pelas ciências sociais). in: W. Hassemer (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1984. S. lff.

103. *Supra*, II.2.

gêneas formulações e aspirações frente ao sistema do Direito penal.¹⁰⁴ Ela serviu neste período como um vigoroso grito de guerra contra um Direito penal tapado.¹⁰⁵ O solo sobre o qual por primeiro germinaram as idéias centrais da proteção de bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização só se torna melhor conhecido, desde que se aborde com mais precisão os dois campos que os penalistas contemporâneos consideraram mais significativos e sobre os quais atuaram com mais insistência, de modo a converterem-nos em marcos decisivos desta etapa. Refiro-me aos campos do ensino jurídico e da execução penal.

Execução penal e ensino jurídico constituíam, na fase do Direito penal voltado para as consequências, os campos sobre os quais os requisitos e os efeitos de um Direito correto e de uma boa implementação do Direito apresentavam-se mais visíveis e palpáveis. na execução mostram-se os efeitos do Direito penal — da ameaça de pena, passando pela sentença condenatória, até as realidades da pena — em forma concentrada, projetam-se e exibem-se os sofrimentos que o Direito penal inflige; no seu estudo deveria, necessariamente, ser possível a exata aferição dos efeitos recuperadores sobre os quais se assenta este tipo de tutela

104. O colorido do feixe “ciência total do Direito penal” pode ser visto em: Baratta, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*. ZStW 1980, 107ff.; Lange, *Neue Wege zu einer Gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Jescheck*, 1985, S. 53ff.; Maihofer, “Gesamte Strafrechtswissenschaft” in: *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 75ff.

105. Este emprego da idéia não a desmerece necessariamente: A visão de Franz von Liszt, segundo a qual a práxis e a ciência do Direito penal se uniriam numa base mais ampla, apareceu mais sedutora do que nunca aos olhos dos pensadores da época em apreço, como logo se demonstrará sob o n. IV, *infra*.

penal. No ensino jurídico são traçados os fundamentos da práxis jurídica dos futuros bacharéis, delibera-se em boa parte o peso relativo das matérias ministradas, e definem-se com exatidão as lutas ideológicas em torno do “bom jurista” e da “correta ciência do Direito”.

Dai, não causa nenhuma surpresa que, justamente no ensino jurídico e na execução penal, o Direito penal e a sociedade de uma época se encontram osmoticamente. Em ambos os campos, os professores de disciplinas gerais certamente não lavraram sozinhos, mas colheram para si; em ambos campos moldaram-se as feições de uma teoria do Direito penal voltado para as consequências com rara clareza.

No campo da execução penal, os penalistas se defrontaram sobretudo com o Direito constitucional,¹⁰⁶ que destroçou-lhes a figura da “relação jurídica especial de poder”,¹⁰⁷ que, até então, sempre viera solícita em seu socorro, para justificar e encobrir comodamente as violações de direitos específicas da execução penal. No campo do ensino jurídico, os penalistas envolveram-se com potentes reivindicações de mudanças sociais e jurídicas,¹⁰⁸ que compreenderam também o Direito penal e, nas etapas sucessivas, conduziram a diversas reformas legislativas.¹⁰⁹ O

interesse geral por reformas jurídicas documentou-se com enorme ressonância no 48.º Congresso Alemão de Juristas, em 1970, que debateu exatamente a execução penal e o ensino jurídico. Em ambos os campos, o legislador acabou acolhendo e convertendo em lei algumas das demandas centrais da época: para o ensino jurídico, estabeleceu, entre outras reformas, a chamada “Experimentierklausel”, substituindo o currículo até então disposto em duas fases por um programa de fase única, compreendendo, a uma só vez, a práxis e as ciências sociais nas aulas dos cursos jurídicos,¹¹⁰ para a execução penal, adotou, entre outras medidas, o princípio da jurisdicionalização da situação do preso.¹¹¹

Os paralelos entre a execução penal e o ensino jurídico são surpreendentemente numerosos, não apenas no procedimento como também nos eventos, e marcaram indelevelmente a fase do Direito penal voltado para as consequências. Em ambos os campos ergueu-se como centro de interesse não princípios ou sistemas abstratos, mas a realidade penalmente relevante. Em ambos os casos, tratava-se de encontrar opções políticas e não apenas teóricas. Os reformadores insistiram na ampliação do foco de observação científica e na resoluta absorção das consequências da decisão na elaboração da decisão. Com isto, a etapa do pensamento jurídico voltado para as conse-

106. Elaborado para aplicação no Direito penal sobretudo por Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform* (Legislação da execução penal e reforma da execução penal), 1970, e por Schüler-Springorum, *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre* (Execução penal em transição. Estudos sobre a teoria jurídica da execução penal). 1969.

107. BVerGE 33,1 (Decisão da Corte Constitucional Federal).

108. Paradigmático. Liocumer Arbeitskreis (Hrsg.). *Neue Juristenausbildung* (Novo ensino jurídico), 1970.

109. Inventário, análise e valoração em Giehning, Schumann, *Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf—*

und Strafverfahrensrecht — Erfahrung versus Programmatik (O futuro das ciências sociais no ensino do Direito e processo penal — experiência versus programas), in: Hassemer, Hoffmann-Riem, Limbach (Hrsg.). *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition* [Ensino jurídico entre experimentação e tradição], 1986. S. 65ff.

110. Alteração no § 5b DRiG (Lei da magistratura alemã) pela Lei de 10.9.1971, BGBl. I, 1557.

111. Strafvollzugsgesetz (Lei de execução penal) v. 16.3.1976, BGBl. I, 581.

qüências gravou sinais duradouros, capazes de preservar e legar sua mensagem.

4. Direito penal funcional

Se se tomam os sinais pelas coisas que possam significar, é forçoso reconhecer que a continuidade da teoria do Direito penal voltado para as conseqüências não tem muitas chances de prosperar. No próprio campo da execução penal o horizonte atualmente não é animador: importantes projetos de reforma continuam pendentes, apesar de sua implementação ser insistentemente cobrada,¹¹² ao mesmo tempo, são implantadas “contra-reformas” que, com razão, são apontadas como retrocessos.¹¹³ No setor do ensino jurídico, o legislador retrocedeu logo após introduzir reformas, chegando mesmo a extinguir a “Experimentierklausel” repentinamente.¹¹⁴ O que sobrou do Direito penal voltado para as conseqüências?

4.1 Questões fundamentais

Uma apreciação de fatos que nos estão próximos no tempo e no espaço reclama muita cautela. No máximo, seria possível traçar apenas algumas linhas básicas.¹¹⁵

112. Calliess, Müller-Dietz, Komm, StVollzG, 5. Aufl. (1991), Einl. Rdnr, 45.

113. Schüler-Springorum, *Tatschuld im Strafvollzug* [Fato reprovável na execução penal], in: Scholler/Phillipps (Hrsg.), *Funktionalismus*, S. 63ff.

114. 3.ª Lei de alteração da DRiG (Lei da magistratura), de 25.7.1984, BGBl. I. 995.

115. O que se segue no texto foi por mim exposto com mais pormenores em: *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* (Direito penal simbólico e proteção de bens jurídicos), in: NSZ 1989, 553ff.; *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* (Linhas básicas de uma teoria do bem jurídico pessoal), in: Scholler, Phillips (Hrsg.) S. 85ff.; *AlternativKomm. z. StGB* (Comentário alternativo ao Código penal), Vorbem, Rdnm, 465ff., 480ff.; *Sozialtechnologie*

Estas linhas correm paralelas no sentido de uma funcionalização e modernização do Direito penal, de uma paulatina perda de importância da produção científica para a produção da política e da práxis do Direito penal, e de uma erosão dos tradicionais princípios do Direito penal.

O Direito penal voltado para as conseqüências realizou eficientemente o interesse na produção de efeitos desejáveis e na evitação de efeitos indesejáveis, implementou com êxito seus sinais distintivos: “realidade” e “alcance”.¹¹⁶ Diante desta situação, é inevitável a evocação — ainda que vaga — de uma “dialética do moderno”,¹¹⁷ no sentido de que esses interesses e esses sinais distintivos se autonomizaram, passaram a ter vida própria e conduziram o Direito penal a uma fronteira, na qual os objetivos originários de um sistema penal voltado para as conseqüências inevitavelmente desvirtuam-se: com o seu mergulho na realidade e a sua orientação para as próprias conseqüências, o sistema penal rachou as estruturas do Direito penal voltado para as conseqüências e abandonou no trajeto os princípios consolidados pela teoria do Direito penal voltado para

und Moral, Symbole und Rechtsgüter (Tecnologia social e Moral, Símbolos e bens jurídicos), in: Jung, Müller-Dietz, Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, S. 329ff. Similar no essencial e nos resultados, F. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich* (Insegurança social e prontidão penal. Estudos sobre o deslocamento da tutela penal para o setor dos delitos de perigo), 1991; Pritt-Witz, “*Funktionalisierung des Strafrechts*” (Funcionalização do Direito penal), in: *Strafverteidiger* 1991, 435ff.; Müller-Dietz, *Die geistige Situation*, in: GA 1992, 124ff.

116. *Supra*, III, 3.4.

117. Horkheimer, Adorno, *Dialektik der Aufklärung der Aufklärung* (Dialética do iluminismo), 1968.

as conseqüências. O sistema penal atual se apresenta acima de tudo como um instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados pelos princípios. Estes grilhões, tradicionalmente e com boas razões, desempenhavam a tarefa de manter o sistema penal no seu lugar, ajustado ao conjunto dos instrumentos políticos disponíveis para o controle de conflitos.¹¹⁸ Senão, vejamos:

4.2 Questões exemplares

4.2.1 Tendências

Desde as reformas legislativas penais ocorridas na primeira metade dos anos setenta (através da 2.^a Lei de reforma do Direito penal e da Lei de Introdução ao Código Penal¹¹⁹), as quais se concentraram Parte geral, sobretudo no tema das sanções penais, nossa política criminal passou a mover-se, com crescente preponderância, na Parte especial do Código e no Direito penal especial, não codificado. E aí, não se vê senão uma febril criminalização: novos tipos penais e agravamento das cominações penais confirmam o quadro. Descriminalização e aprimoramento da Parte geral, digamos no terreno das penas e medidas de segurança, não mais constam da ordem do dia. O quadro de endurecimento e restrições fica completo com a política de reforma legislativa empreendida no processo penal, que aponta no rumo da abreviação, redução, simplificação e remoção de óbices formais a uma pronta resposta penal.

A ilação de que aqui se está diante de uma “sede de punir” já seria anacrônica.

118. Esta linha será retomada *infra*, IV.4.

119. 2. StrRG v. 4.7, 1969, BGBl. I, 717; EGStGB v. 2.3, 1974, BGBl. I, 469.

Pelo contrário, o que está atuando é nada mais que a herança do Direito penal voltado para as conseqüências. Isto se torna evidente quando se decompõe os bastidores destas tendências em suas singularidades:

4.2.2 Áreas de interesse e instrumentos

As áreas sobre as quais se delinea a política criminal do Direito penal material e os instrumentos dos quais ela preponderantemente se serve são bastante esclarecedores.

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas — sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública; sobre elas aponta-se uma “necessidade de providências”; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem na luz do dia os problemas de controle desta sociedade: São áreas “modernas”, e delas se encarrega o atual Direito penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito penal¹²⁰ é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.¹²¹

120. Arthur Kaufmann. “Subsidiarität und Strafrecht”. in: *Festschrift für Henkel*, 1974. S. 88ff.

121. Assim é que, nestes dias, abril de 1992, ouve-se por toda a parte a curiosa idéia de se instituir uma obrigação eleitoral, cuja violação seria punida com pena pecuniária. É que, nas recentes eleições para cargos estaduais em “Baden-Württemberg” e em “Schleswig-

Os instrumentos de controle amplamente providos pelo Direito penal são considerados adequados para emprego indiscriminado nestas áreas. Já não se trata mais da proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa. A eles correspondem os tipos de delitos em que o moderno Direito penal se realiza: nos crimes de perigo abstrato, não se indaga de uma ameaça concreta, muito menos de um dano ao bem jurídico protegido; para fazer nascer a pretensão punitiva, basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador. Este tipo de Direito penal não tem nenhum núcleo delimitado, a idéia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez. O novo Direito penal derrama-se sobre todos os campos em que nossa vida se tornou “moderna” e arriscada. Porém, é curioso também notar que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui, o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação, como por exemplo no “combate” da “criminalidade organizada”, na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito penal ambiental.

O processo penal moderno segue de perto estas mesmas tendências. Dois de seus campos particularmente salientes oferecem-se para confirmar a caracterização de um Direito penal funcional. Refiro-me ao “Deal” ou acordo no pro-

cesso penal¹²² e ao agravamento de medidas coercitivas processuais nos casos da “criminalidade organizada”.¹²³ No primeiro, as estruturas do processo penal são flexibilizadas, no segundo os instrumentos de investigação são afiados e fortalecidos, mas o resultado produzido é o mesmo em ambos os casos: um processo capaz de adaptar-se ao “espírito de segurança pública” destes tempos.

4.2.3 Acordos no processo penal

“Acordo” ou também “conciliação” no processo penal são eufemismos que presumivelmente designam a reação do processo penal à sua saturação. Esta saturação deve ser creditada à específica hipertrofia do Direito penal material, pelo que também ela é um problema “moderno”. Não é por mera coincidência que precisamente as matérias penais “modernas” — ambiente, drogas e sistema econômico — são apontadas pela doutrina como os campos mais apropriados para a realização de acordo ou conciliação.¹²⁴

122. Dencker, Hamm, *Der Vergleich im Strafprozeß* (A conciliação no processo penal), 1988; Schünemann, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen. Gegenstände und Grenzen. Gutachten zum 58. DJT* (Acordos no processo penal? Fundamentos, objeto e limites. Pareceres do 58.º Congresso alemão de juristas), 1990; discussões adicionais na *Strafverteidiger Sonderheft* (edição especial da revista “Advogado de Defesa”), 1990, dedicada ao mesmo Congresso.

123. Visão geral e crítica em W. Hassemer, “*Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*” (Considerações sobre o projeto de lei para a repressão do comércio ilegal de estupefacientes e de outras formas de manifestação da criminalidade organizada), in: *Kritische Justiz.*, 1992, 64ff.; com mais pormenores, Wolter, in: *Systematischer Komm. zur StPo und zum GVG.* 1990, Vorbem, § 151 Rdnrn. 81ff.

124. Dencker/Hamm, S. 12; Schünemann, S. 18f.

Holstein”, o índice de participação foi muito baixo. Ao mesmo tempo, três atletas de Neubrandenburg adquirem força em sua campanha de se criminalizar o *doping*.

No estado atual, ainda não é possível prever qual dentre as formas de conciliação indicadas pela acirrada discussão doutrinária irá prevalecer e impregnar o processo penal do futuro. Ainda assim, já é possível avistar onde esta viagem vai dar e quais os traumas políticos-legislativos ficarão pelo caminho.¹²⁵

Os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm um penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juízes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos "Partners" para o acordo); princípio inquisitório (porque o "grande achado" do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesma tratado com mais rigor).

4.2.4 Agravamento das medidas coercitivas de investigação

É impressionante também o arsenal dos métodos de investigação com os quais a práxis do Direito penal pretende

enfrentar a criminalidade: investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meios eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, tecnologia, processamento de dados ostensivo e "preventivo", utilização de anotações íntimas em criminalidade grave. Eis aí a razão pela qual os avanços político-criminais causam inquietações não apenas nos professores: a distinção entre medidas coercitivas policiais e processuais penais, fundamental para a tutela jurídica do cidadão, se desvanece em face do crescente medo da criminalidade e das agressivas exigências de prevenção; cada vez mais pessoas não envolvidas na criminalidade caem nas redes da investigação; os irrecusáveis limites que a noção de "suspeito" ou indiciado de um ato punível estabelecem para a restrição de direitos no interesse da investigação são constantemente ultrapassados ou simplesmente desaparecem em medidas como as investigações de bastidores ou de combate "preventivo" à criminalidade; os Direitos humanos fundamentais — a começar por emanções da dignidade humana e dos direitos da personalidade, como o já consagrado Direito ao controle sobre o uso dos dados pessoais, chegando até ao Direito fundamental à inviolabilidade do domicílio — não são capazes de deter a avalanche da atividade policial "razoável"; com a desculpa do combate ao crime, o Estado investigador invade a privacidade e a alma das pessoas e, no trajeto, perde a presunção de credibilidade. A moda atual não é a jurisdicionalização do processo penal,¹²⁶ mas sim sua aptidão

125. Pormenores em meu artigo. "*Pacta sunt servanda* — auch im Strafprozeß:" (também no processo penal?) in: *JuS* 1989, 890ff.

126. Este conceito pode ser encontrado, entre outros, em Eb. Schmidt, *Lehrkomm.*, zur StPO und zum GVG I, 2. Aufl. (1964). Rdnrn. 20ff.: "Administração da justiça em forma jurisdicional, dirigida à verdade e à justiça, significa a satisfação das tarefas do Estado no

para um efetivo combate à criminalidade. Não custa lembrar que as advertências contra a degradação das garantias processuais são de ontem, no duplo sentido da palavra.

4.3 O papel das ciências penais

4.3.1 Teoria e práxis

O presente trabalho trata do desenvolvimento das ciências penais e não da práxis jurídico-penal. Não obstante, é notável que a práxis tem exercido um papel determinante na elaboração do Direito penal funcional desta fase, por razões que se extraem do próprio contexto. As ciências penais participaram cautelosa e marginalmente nos novos avanços e tendências noticiados neste capítulo. A desvinculação do interesse científico-penal de seu ambiente político-criminal reedita hoje, pelo menos nos resultados, as condições vividas na fase da Dogmática abstrata e academicista.¹²⁷ Decerto ainda prossegue uma reflexão séria em torno da teoria do Direito penal voltado para as consequências, mas não se vê nenhuma observação teórica da práxis, e muito menos uma reconstrução crítica da práxis. Ou seja, a práxis se desenrola segundo suas próprias leis e o resultado só pode ser um: o Direito penal funcional.

Com estas ressalvas, as contribuições mais notáveis e objetivamente discerníveis das ciências penais para a elaboração de um Direito penal funcional comportam-se dentro de três campos claramente delimitáveis, a saber, a Dogmática penal, as teorias da pena e a Política criminal.

4.3.2 Dogmática penal

Esquemáticamente, pode-se bem traçar a diferença entre o Direito penal do

campo da tutela penal” — conforme salientado conclusivamente na Rdnr. 20.

127. *Supra.* II. especialmente II.4.

século XIX e o do final do século XX na abordagem dos problemas da causalidade e da imputabilidade. Num exame superficial (já? apenas?) evidencia-se que, enquanto o Direito penal outrora se ocupava de problemas do tipo Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio,¹²⁸ atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma S/A., ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades.

Daí, certamente não é por mera coincidência que as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva, e geralmente não se acanham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito penal funcional.¹²⁹ Este seria portanto o tipo de uma resposta adequada das ciências penais às palpáveis modificações da realidade penalmente relevante: diversificação dos instrumentos dogmáticos e aumento da

128. Exemplo frequentemente usado, conforme aponta Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* I. 1992, § II Rdnr. 36, remetendo-se a Welzel. No mesmo local (Rdnrn. 36ff.), um panorama sobre as mais recentes teorias da imputabilidade.

129. Paradigmáticos, Wolter, *Objective und personale Zurechnung von Verhalten Gefahr und Verletzung* (Responsabilidade objetiva e pessoal de conduta, perigo e lesão), 1981; U. Neumann, *Zurechnung und "Vorverschulden"* *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung* (Responsabilidade e "culpabilidade prévia". Estudos preliminares sobre um modelo dialógico de responsabilidade penal), 1985; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Comportamento penalmente típico e responsabilização pelo resultado), 1988.

capacidade sistêmica de lidar com complexidades.

4.3.3 Teorias penais

No tocante às teorias penais, isto é, as atividades científicas que se ocupam com os fins da pena estatal, é possível isolar dois pontos incontroversos: Que estas teorias ocupam o centro do interesse teórico e que esta afirmação só vale para uma metade, e não para a outra.

Se o Direito penal, funcional, ocupa seu lugar entre os instrumentos de solução de conflitos, adaptado e ajustado aos demais fins políticos; se sua produção científica atual se dedica a produzir setores funcionais ao sistema e a eliminar as disfunções, então, tudo isto só faz sentido em estrita conformidade com as funções do sistema e dos respectivos subsistemas relevantes. De outra forma não pode ser, pois somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema.

Deste modo, a tradicional concepção do Direito penal, que (ainda?) desconhece a diferença entre “função” e “fim”,¹³⁰ chega à temática dos fins da pena. Cumpre a estes, reformulados na linguagem da teoria do Direito penal funcional, fornecer indicações sobre os objetivos do subsistema do Direito penal. De plano fica claro que, dos fins da pena até o presente cogitados, só há interesse por dois (intimidação e reintegração), ficando os outros dois (retribuição e expiação) negligenciados. Somente a prevenção,

traduzida na aspiração de uma situação futura e factual possível, pode converter-se em fim de uma preocupação funcional; nesta não há lugar para a reparação pela ilicitude e pela culpabilidade, baseadas numa compensação normativa e voltada a fatos pretéritos.¹³¹ De mais a mais, é imperativo que se estabeleça uma vinculação entre os fins da pena subsistêmicos e outras funções sistêmicas mais elevadas: o Direito penal compreende-se aqui como um instrumento funcional, isto é, como parte de um todo maior, do qual ele extrai suas estruturas de relevância e os critérios de avaliação para o atingimento de seus objetivos.

Decerto não se pode sustentar que o Direito penal funcional tenha cumprido integralmente seu programa teórico ao realizar os fins da pena. Todavia, duas poderosas correntes atuais eliminam quaisquer dúvidas sobre a direção final almejada: a teoria funcional da culpa e a teoria da prevenção integrativa.

A atual teoria da culpa integra-se às concepções funcionais que ganham terreno. Com esta característica, ela se articula com os fins preventivos da pena.¹³² Ela

131. Para mais pormenores e fundamentos sobre esta distinção entre teorias penais absolutas e relativas, veja-se minha “*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*” (Introdução aos fundamentos do Direito penal), § 28.

132. Com grandes discrepâncias, tanto em aspectos básicos quanto em detalhes: Roxin. “*Schuld*” und Verant-wortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien” (“Culpa” e responsabilidade como categorias sistêmicas do Direito penal). in: *Festschrift für Henkel*. 1974, S. 171ff.; Jakobs. *Schuld und Prävention*, 1976; Schünemann, “*Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*” (A função do princípio da culpabilidade no Direito penal da prevenção), in: o mesmo (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 153ff; abordagens críticas; Stratenwerth. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, S. 29ff.; W. Hassemer. “*Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*” (Sobre a consideração dos efeitos na interpre-

130. Esclarecedor. Sack. *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie Probleme und offene Fragen* (As chances de cooperação entre as ciências penais e a Criminologia — problemas e questões abertas). in: Lüderssen, Sack, Seminar: *Abweichendes Verhalten II I*, S. 360ff.

é funcional, na medida em que se orienta para os fins da pena e, portanto, na medida em que extrai a semântica de "culpabilidade" a partir dos fins da pena. Esta culpabilidade avança sobre a dosimetria da pena, momento em que, na prática e na teoria, concorre na imposição da sanção e na produção da decisão. Assim, o significado atual de "culpa" (e também de "desculpa"), segundo a concepção ora exposta, depende substancialmente dos modelos e possibilidades de prevenção individual e geral. Trata-se, portanto, da adequação funcional do conceito de culpa às chances de atuação preventiva; da remoção de disfunções sistêmicas resultantes da culpabilidade e da pena; da rearticulação sistêmica destes conceitos.

Ainda que não se possa traçar um parentesco próximo entre a teoria da culpa e a teoria da prevenção, quer no plano histórico-dogmático ou no sociológico, é forçoso admitir que as concepções de uma prevenção integrativa não passam de um prolongamento das teorias funcionais da culpa com outros meios.

Estas teorias¹³³ aprenderam a seguinte lição da crítica à prevenção por intimidação.¹³⁴ Nada se sabe faticamente sobre os efeitos de um Direito penal que se baseia na intimidação, razão pela qual um tal Direito penal não é normativamente tolerável. Ou seja, as arestas foram po-

lidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram. A partir de então, o Direito penal não deve apenas intimidar as pessoas propensas à prática de crimes através da previsão abstrata de penas e de sua aplicação àquele que seja colhido em suas malhas, mas sim, já pela sua mera existência atuante, reafirmar eficazmente frente a todos nós os mandamentos e proibições fundamentais que ele encerra. Com isto se consegue — ao lado da neutralização de toda trincheira metodológica — que a "funcionalização produza seus efeitos não apenas frente ao delinquente singular, mas se estenda sobre o sistema penal em sua totalidade. A tutela penal adquire, por assim dizer, uma fachada mais empresarial do que policial; as esperanças de real efetividade tornam-se tão vagas e fundamentais, que fica difícil refutá-las. Por fim, o ajuste funcional do Direito penal aos demais mecanismos de controle social é definitivamente alcançado também no plano teórico, por via dos fins da pena.

4.3.4 Política criminal

Dispensa demonstração o fato de que cogitações sobre qual seja a correta Política criminal pertencem ao núcleo das preocupações de um Direito penal funcional. Afinal, que mais pode significar "função", senão a política do controle de condutas criminosas mediante instrumentos do Direito penal? E não obstante tudo isto, as reflexões teóricas sobre a política criminal do Direito penal funcional se encontram, na melhor das hipóteses, no seu início. E nunca se pode ter uma certeza absoluta de que as poucas investigações já realizadas cheguem a algum lugar. A diagnose, segundo a qual a práxis da Política criminal está divorciada de sua teoria, retrata apenas um eufemismo. A práxis nesta área simplesmente nunca deu a menor importância a qualquer teoria (o que, de resto, não

tação da lei penal). in *Festschrift für Coing I*, 1982. S. 506f., 522f.

133. No mesmo sentido, mas com notáveis diferenças, ênfases e pormenores (e na maior parte sob a denominação de "prevenção geral positiva"): Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch. 2. Aufl. (1991), 1 If.; Müller-Dietz, *"Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention"*, in: *Festschrift für Jeschek*, 1985, S. 813ff.; Giehring, *"Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts"*, in *KrimJourn* 1987, 2ff.

134. *Supra* III.4.b.

implica em um juízo de censura em relação à práxis).

Todas as contribuições teóricas que podem ser atribuídas à política criminal do Direito penal funcional¹³⁵ levam em conta — com maior ou menor explicitude — os de processos de modernização e o funcionamento de complexidades no mundo moderno. Por isto mesmo, as referidas contribuições gravitam em torno de termos semânticos tais como “perigo” (em vez de “dano”), “risco” (em vez de “ofensa a um bem jurídico”), ou mesmo “segurança” (em vez de “distribuição de justiça”). Elas se nutrem de nossas experiências cotidianas, de inseguranças e temores em escala concreta e global, da vida marcada cada vez mais por estruturas entrelaçadas. E no entanto, elas se permitem invocar em seu favor interpretações teóricas da modernidade, que de alguma forma se inspiraram nas mesmas experiências.¹³⁶

135. Com grandes variações em pontos básicos e também em detalhes. Schünemann. “*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit — und Gefährdungsdelikte*” (Modernas tendências da dogmática dos crimes culposos e de perigo), in: JA 1975, 435ff., 511ff., 575ff., 647ff., 715ff., 787ff.; Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung* (Gerenciamento de comportamentos e organização em Direito penal. Bases para a reforma do conceito de ilicitude penal e das regras de aplicação da lei penal), 1985; Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (A situação perigosa como ilícito penal. Reflexões jurídico-teóricas sobre a dogmática dos crimes de perigo abstrato e concreto). 1989; um resumo e considerações críticas em F. Herzog. *Gesellschaftliche Unsicherheit* usw., I Teil, S. Iff.

136. Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. (Sociedade do risco. A caminho de uma nova modernidade). 1986; Luhmann, *Risiko und Gefahr*, 1990.

É de cristalina evidência que esta moldura é grande demais para o equipamento tradicional do Direito penal. Ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito penal na orquestra das soluções dos problemas sociais. Vejamos qual é o equipamento tornado obsoleto: os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito penal assim “modernizado”, são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre “funções”, sobre “grandes perturbações aos sistemas”, conjuntos de múltiplos riscos); os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato); os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir); o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões); é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras); diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna, torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).

4.4 Questões abertas e tarefas postas*

Difícilmente se contestará o fato de que o Direito penal funcional levou a orientação do Direito penal para as consequê-

* N. do T.: Algumas publicações de Winfried Hassemer traduzidas para o espanhol ou o

ências às suas últimas conseqüências, por assim dizer: A ligação do Direito penal com sua realidade¹³⁷ tornou-se tão íntima, que se pode mesmo falar de uma união funcional entre os dois. O campo de atuação da Política criminal¹³⁸ tornou-se quase ilimitado, o interesse na causação de efeitos¹³⁹ praticamente suplantou todos os outros interesses.

Não obstante (e em razão disto) o Direito penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as conseqüências.¹⁴⁰ Esta *ratio* era adequada no seu devido tempo: ela nasceu como contraponto a uma Dogmática abstrata, que não conseguia ver sequer os arredores do Direito penal,¹⁴¹ estreitava a reflexão teórica¹⁴² e praticava uma política

criminal desprovida de qualquer base empírica.¹⁴³

O princípio da proteção dos bens jurídicos,¹⁴⁴ por exemplo, significou uma coisa para o enfoque voltado para as conseqüências e outra para o enfoque funcional. Originariamente, ele era formulado crítica e negativamente, como obstáculo à criminalização: A conduta que não ofende um bem jurídico é imprestável para converter-se em tipo penal. O princípio em apreço perde a sua *ratio* quando passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização: todo bem jurídico merece proteção penal. De forma análoga, o princípio se articula com a idéia da orientação para as conseqüências. Numa tutela penal outrora orientada para a realização da justiça, esta idéia atuava como instrumento limitador, bastante diferente da função que lhe está reservada como princípio dominante da cominação e imposição de penas no Direito pena funcional. E por fim, a abordagem do Direito penal voltada para as conseqüências — diversamente da abordagem funcional — encontrava nas garantias do Estado de Direito o seu fundamento, e não um obstáculo.

O futuro do Direito penal funcional está aberto, não se avistam por enquanto novas abordagens. Abertas encontram-se também algumas questões, sobre as quais convém refletir, a fim de se certificar de algum possível desdobramento desejável.

Deve ficar fora de dúvida que o Direito penal necessita manter seus laços com as mudanças sociais: Ele precisa ter respostas prontas para as perguntas de hoje e não pode sempre retroceder a um purismo de ontem, perdendo-se em problemas sobre norma e violação de norma. Ele precisa continuar desenvolvendo-se em contato com sua realidade. A questão decisiva porém será de quanto de sua

português: *Fundamentos del derecho penal*, trad. e notas de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, 428 p.; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, em co-autoria com Muñoz Conde, Valencia (Esp.), Tirant lo Blanch, 1989, 237 p.: "El Destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz", trad. de Muñoz Conde, *Revista Estudios penales y criminológicos* XV, Universidade de Santiago de Compostela (Esp.), p. 183-198; "O sistema do Direito e a codificação: A vinculação do juiz à lei," in: *Estudos de Direito brasileiro e alemão*, Col. Direito comparado I, Porto Alegre, 1985, p. 189-209; "La persecución penal: legalidad y oportunidad", in: *Lecciones y ensayos, Facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 1988, p. 13-21 e também in: *Hacia una nueva justicia penal*, Buenos Aires, 1989, p. 29-38; "¿Alternativas al principio de culpabilidad?" in: *Ciências penales*, año 2, n. 3, San José (Costa Rica), 1990, p. 2-9; "Prevención en el derecho penal", in Poder y control: *Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, Barcelona, n. 0 1986, p. 93-117.

137. *Supra* III, 3.

138. *Supra* III, 1.

139. *Supra* III, 4.

140. Veja logo acima IV.1.

141. *Supra* II, 1.

142. *Supra* II, 3.

143. *Supra* II, 4.

144. *Supra* II, 4.a.

tradição o Direito penal deverá abrir mão a fim de manter esse contato. Esta questão será afinal decidida politicamente, o que significa, no que nos diz respeito, sem influência significativa das ciências penais. Ainda assim, as ciências penais têm a chance (e a tarefa) de produzir ou desenvolver alguns *topoi* mínimos, sem cuja observância uma decisão política não deveria ser legitimamente adotada.

Entre estas bases mínimas inclui-se com destaque a difusão da atitude de ver as garantias penais e processuais penais do Estado de Direito não como relíquias de um formalismo ultrapassado e sim como requisitos de legitimação do Direito penal.¹⁴⁵ Penas sem responsabilidade individual, cominações de penas sem um bem jurídico palpável, conseqüências penais sem um padrão de proporcionalidade normativo e condenações sem autênticos direitos do condenado são vedadas em qualquer Direito penal, independentemente das exigências da modernização.

O sistema do Direito penal precisa evitar equívocos e empulhações na teoria e na prática. O Direito penal moderno é afeiçoado a colher os frutos da fachada empírica sem querer arcar com os custos respectivos: quer ser instrumento de efetiva solução de problemas, mas não admite ser questionado em sua eficiência. Em presença do maciço e notório “déficit de execução” que se observa nos campos mais modernos do Direito penal, como drogas, sistema econômico e ecologia, resta sempre o perigo de uma eficiência

puramente aparente e portanto simbólica. É dever das ciências penais observar e apontar *se e onde* a moderna política criminal ainda é praticada para tutelar sólidos bens jurídicos, em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia.

Por fim, é dever das ciências penais refletir sobre alternativas ao Direito penal. Não é de maneira alguma pacífico — aliás, não é nem sequer discutido abertamente — que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo Direito penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social do modo aqui exposto. É certo que o Direito penal tradicional continuará sempre tendo de que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro. Aqui, não vejo ensejo para se falar em “modernização”. Neste campo nuclear do Direito penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os Direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados. Refiro-me, uma vez mais, à responsabilidade individual, à proporcionalidade da sanção e às garantias processuais.

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo metódico — mas, então, também, sem a imposição de penas criminais.

145. Abordei estas questões mais detidamente em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (Introdução aos fundamentos do Direito penal), § 30 II.

A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL EM IBERO-AMÉRICA¹

ADA PELLEGRINI GRINOVER

1. Dos informes, relatórios e comunicações nacionais; 2. A instrução processual penal em Ibero-América; 2.1 O sistema misto clássico; 2.2 O sistema misto com instrução contraditória; 2.3 O sistema acusatório sem juizados de instrução; 3. A instrução processual no processo penal de emergência; 4. Considerações críticas; 4.1 Sistema misto clássico; 4.2 Sistema misto com juizados de instrução contraditórios 4.3 O Sistema acusatório sem juizados de instrução; 4.4 O processo penal de emergência; 5. Conclusões.

1. Dos informes, relatórios e comunicações nacionais

Esse relatório geral baseia-se em informes nacionais, compostos de respostas a questionários preparados para esse fim e de relatórios que os ilustram, recebidos dos seguintes países:

— Brasil (relatores, Drs. Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes);

— Chile (rel. Dr. Raul Tavolari Oliveros);

— Colômbia (rel. Dr. Jorge Florez Gacharná);

— Costa Rica (rel. Dr. Daniel Gonzáles Alvares);

— Espanha (rel. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer; comunicações dos Drs. Victor Fairén-Guillén e Manuel Ortells Ramos);

— Guatemala (rel. Dr. Marcos Gabriel Salt, da Argentina);

— México (rel. Dr. José Ovalle Favela);

— Peru (rel. Dr. Carlos Parodi Remón);

— Portugal (rel.^a Dra. Anabela Miranda Rodrigues);

— Salvador (rel. Dr. Rolando Garcia Mendoza);

— Venezuela (rel. Dr. Pedro J. Mantellini);

— Uruguai (relatora, Dra. Raquel Landeira López; comunicação do Dr. Adolfo Gelsi Bidart).

O relatório foi submetido a debates nas XIV Jornadas de La Plata, devendo substituir, nos Anais do Congresso, o Relatório Preliminar publicado antes de sua realização, no Livro de Teses distribuído durante as Jornadas. Observe-se, ainda, que o presente relatório geral não contém senão algumas alusões ao sistema processual penal da Argentina, objeto de outros relatórios, a cargo, respectivamente, dos Drs. Pedro J. Bertolino e Francisco J. d'Albora.

A todos os relatores e autores de comunicações nacionais, assim como aos numerosos debatedores dos temas aqui tratados, sem cuja inestimável colaboração esse relatório não poderia ter sido elaborado, os nossos agradecimentos e a manifestação da mais viva satisfação pelo trabalho conjunto.

1. Relatório Geral apresentado às XIV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, La Plata, Argentina, 24 a 27 de abril de 1994.

2. A instrução processual penal em Ibero-América

Como já visto em estudo anterior,² o novo modelo acusatório ibero-americano importa, fundamentalmente, em uma instrução processual penal informada pelos seguintes corolários: a) os elementos informativos colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do acusador, a ser eferida pelo juiz, não podendo ingressar nos autos e ser valorados como provas (salvo se se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar, que serão submetidas ao contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz (o que corresponde ao aforismo romano *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo há de desenvolver-se em contraditório, perante o juiz natural.

Eis o ponto nodal desse relatório geral: o modelo de instrução processual penal, adotado na Espanha, em Portugal e na América Latina, incorporara esses postulados fundamentais do modelo acusatório? Quais são os países que o adotam, quais os projetos de reforma que dele se aproximam, quais os sistemas ainda renitentes às novas exigências de uma instrução penal que siga o modelo acusatório? É a essas perguntas que o relatório geral, baseado nos informes, relatórios e comunicações nacionais, pretende responder.

Numa tentativa de sistematização, os países enumerados no n. 1 acima serão agrupados em três categorias básicas:

a) modelo misto clássico, com juizados de instrução ainda informados, em gran-

de parte, pelos princípios do sistema inquisitório, seguindo-se o debate público e oral;

b) modelo misto intermediário, com juizados de instrução banhados pelo contraditório, seguindo-se o debate público e oral;

c) modelo acusatório, todo público e oral, com a supressão dos juizados de instrução, substituídos por investigações preliminares destinadas exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público, conduzidas por este ou pela polícia judiciária.

Observe-se que os modelos *sub* "a" e "b" se enquadram, ambos, no sistema misto, também denominado de *instrução formal*, em que a etapa de instrução pode ser confiada, dependendo de cada sistema, ao juiz de instrução ou ao Ministério Público. A diferença entre os dois tipos não se fez pela autoridade inquirente, mas sim pela circunstância de existir, ou não, contraditório nesta etapa.

O modelo *sub* "c" é o da denominada *citação direta*, em que o Ministério Público apresenta sua acusação, na base dos elementos colhidos na investigação prévia, correndo todo o processo por audiências, suprimida a etapa prévia de instrução.

2.1 O sistema misto clássico

A esse modelo, ainda preso aos princípios do sistema inquisitório, filiam-se os seguintes países: Chile, Colômbia, México, Venezuela, Uruguai (sistema vigente), além da Argentina, quanto aos Códigos provinciais que não passaram por reformas.

O Código unitário da Colômbia é de 1991, com as alterações introduzidas pela Lei 81/93. O Código do Chile, também nacional, vige a partir de 1907; o Código Federal do México é de 1934, sendo, entre os 33 códigos de processo Penal vigentes, o que mais tem sido atualizado e o que maior influência tem exercido sobre os códigos locais, cujas soluções

2. V., de nossa autoria, o relatório geral apresentado às XII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Mérida (Espanha), em maio de 1990, publicado sob o título "Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América", in *RePro* n. 58, 1990, p. 121.

fundamentais não diferem das do primeiro. No Uruguai vige o Código de 1981, nacional. O Código de Processo Penal da Venezuela, também de caráter nacional, é de 1962, representando reforma parcial do Código de 1926; na Venezuela ainda existem, em matéria processual, a Lei Orgânica para a Salvaguarda do Patrimônio Público, aprovada pelo Congresso, mas ainda não promulgada pelo Presidente da República, que a devolveu ao Parlamento com observações; a Lei Orgânica sobre Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas, de 1993; a Lei de Benefícios no processo penal e a Lei de Liberdade Provisória sob Fiança.

Neste modelo, o processo é dividido em duas etapas, sendo a primeira relativa ao juizado de instrução (pré-sumário e/ou sumário³ e a segunda, ao juízo (debate).

As principais características desse sistema, de acordo com as informações colhidas, são as seguintes:

a) quanto à etapa da instrução:

a.1) trata-se de etapa escrita e secreta, sendo que o informe mexicano prefere falar em publicidade restrita às partes e aos procuradores; no Uruguai, essas características acentuam-se no pré-sumário. Na Venezuela, mesmo na legislação especial mais recente, a oralidade só começa com o *acto de cargos*, praticado em audiência pública, já no plenário;

a.2) em alguns países, a etapa do sumário não é regida pelos princípios da concentração, da imediação, da identidade física da autoridade inquirente (Chile); em outros, apenas pela imediação (México) ou pela imediação e concentração (Venezuela), ou ainda pela identidade física (Uruguai);

a.3) o sumário pode ser dirigido por um juiz (Chile, Venezuela, Uruguai) ou pelo Ministério Público (Colômbia e México), mas em qualquer caso não

3. Essa etapa é também denominada, em vários dos países pesquisados, de *sumário*. No Uruguai, a instrução desdobra-se nas etapas do *pré-sumário* e do *sumário*.

existe a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, havendo apenas o inquirente e o inquirido;

a.4) o sumário desenvolve-se inteiramente sem contraditório (no Uruguai, para o pré-sumário), ou em contraditório limitado (como na Colômbia, no Chile e na Venezuela e no sumário uruguaio onde, na prática, o inquirido pode requerer a produção de provas e o tribunal pode deferi-las, não lhe sendo dado, porém, intervir na prova; ou como no México, limitadamente a certos atos, como o interrogatório);

a.5) o direito de defesa, na instrução, não é assegurado no pré-sumário do Uruguai e no Chile, sendo que, neste país, a defesa só pode tomar conhecimento dos atos praticados com autorização judicial; e é fortemente limitado no México, na Venezuela e no sumário uruguaio, sendo que neste último sistema a assistência técnica pode tomar conhecimento dos atos praticados, exercendo sobre eles um certo controle;

a.6) as medidas cautelares (prisão, busca e apreensão, seqüestro, interceptações telefônicas, etc.) são determinadas pela própria autoridade inquirente, com controle interno, pelos recursos aos tribunais superiores (Chile, Venezuela, Uruguai); e no México existe um juiz para as medidas cautelares, uma vez que a etapa de instrução é presidida pelo Ministério Público;

a.7) os direitos constitucionais não são observados na etapa de instrução do sistema uruguaio, inteiramente divorciado das garantias constitucionais e onde a prisão preventiva é a regra geral. No Chile, a única garantia constitucional que opera no sumário — no qual se utiliza a prisão cautelar, na maioria dos casos, como sanção penal antecipada — é o direito de o acusado não declarar contra si mesmo; no México, os direitos e garantias constitucionais atuam de forma bastante limitada, estando o sumário sujeito ao poder discricionário do Minis-

tério Público, embora com possibilidade de recursos; na Venezuela, há direitos e garantias constitucionais asseguradas para o sumário mas, na prática, informa o relator ser permanente a luta contra as violações cometidas sobretudo pela polícia, o que exigiria a vigilância incessante do Ministério Público. Mas, importantes inovações relativas às garantias constitucionais e à liberdade do acusado submetido a processo foram introduzidas neste país pela legislação mais recente.

a.8) a etapa da instrução pode ser precedida por uma fase investigativa prévia, conduzida pela polícia, no Uruguai e na Venezuela. Não existe no Chile e no México.

b) a etapa do juízo:

b.1) desenvolve-se perante juiz monocrático, no México, no Uruguai e na Venezuela, sendo que nestes últimos países é o mesmo juiz da etapa do sumário que preside a do juízo;

b.2) a forma é escrita no México e no Uruguai; é escrita também na Venezuela, ressalvado o *acto de cargos*, que é oral. É oral nos demais países pesquisados;

b.3) a publicidade é ampla no México, na Venezuela e no Uruguai;

b.4) o princípio observado na etapa do juízo é o da imediação, no México e na Venezuela. Não se observam a concentração e a identidade física do juiz, excepto no sentido de que é o juiz da etapa do sumário que preside a dos debates, na Venezuela e no Uruguai;

b.5) as provas colhidas na etapa do sumário ingressam livremente na do juízo, na Colômbia, no México e no Uruguai; na Venezuela ingressam livremente na etapa do juízo, mas nesta são submetidas a contraditório;

b.6) o juiz pode formar seu convencimento, embasando-se livremente nas provas produzidas na etapa do sumário, no México e no Uruguai; na Venezuela, só pode apoiar-se nas provas produzidas na fase de instrução, se forem elas submetidas a contraditório posterior.

2.2 O sistema misto com instrução contraditória

Nesse modelo, que já representa um notável avanço com relação ao anterior, enquadram-se os seguintes países: Espanha,⁴ Costa Rica (Código vigente), Peru, Salvador (Projeto de Código de Processo Penal) e Uruguai (Anteprojeto de Código de Processo Penal). Filia-se a esse sistema, também, o Código federal da Argentina. E, no Brasil, apenas o procedimento da instrução preparatória nos crimes de competência do Tribunal do Júri.⁵

Na Espanha, vige o Código de Processo Penal de 1882, com as alterações posteriores; na Costa Rica, o Código de 1973; no Peru, o Código encontra-se em período de *vacatio legis*, devendo entrar em vigor no ano de 1994. O Código federal argentino vigente é de 1991 e o brasileiro é de 1940.

4. Muito embora a Espanha tenha introduzido em seu sistema processual, em 1988 e 1992, respectivamente, o procedimento abreviado e o procedimento abreviado com juízo oral imediato, para delitos menores, ao lado do procedimento ordinário já previsto no Código, é importante ressaltar que mesmo esses novos procedimentos não suprimem a etapa do juizado de instrução.

5. Pelas disposições do Código, a fase instrutória perante o juiz preparador do Júri deveria destinar-se exclusivamente ao juízo de admissibilidade sobre a acusação e à declaração de competência do Tribunal do Júri (restrita aos crimes dolosos contra a vida). Se assim fosse, o sistema do Júri brasileiro seria enquadrável, na tipologia deste relatório, no item 3.3, que cuida do sistema acusatório, sem juizados de instrução. Contudo, a *praxis* judiciária tem inchado a instrução perante o juiz preparador, de tal modo que as provas nela produzidas, via de regra, não são repetidas perante o corpo de jurados, aos quais acabam sendo lidas, com exceção do interrogatório do acusado, que é indispensável. Preferiu-se, assim, incluir o sistema do Júri brasileiro no modelo misto, com instrução contraditória.

O traço comum, nesse sistema, é a manutenção do processo bifásico, com uma etapa atribuída ao juizado de instrução e outra dedicada ao juízo.⁶ Mas a instrução não se reveste das características inquisitoriais próprias do sumário do sistema misto clássico, distinguindo-se nitidamente as funções do juiz, da acusação e da defesa, atribuídas a órgãos distintos, e abrindo-se a instrução ao contraditório.

Assim podem ser indicadas as características desse sistema, pelos países pesquisados:

a) quanto à etapa de instrução:

a.1) em todos os países pesquisados, a instrução é dirigida pelo juiz instrutor, ressalvada a previsão do art. 785 bis Lecrim espanhola, em que a instrução, nos procedimentos abreviados, pode excepcionalmente, e sob certas condições, ser dirigida pelo Ministério Público;

a.2) a forma da instrução é escrita na Espanha, Costa Rica, Peru, e no Anteprojeto do Uruguai, ressalvados, evidentemente, os atos processuais orais por natureza, como os depoimentos; e é mista (escrita e oral), no Projeto do Salvador e no Brasil, quanto aos procedimentos de competência do Júri;

a.3) a instrução é sigilosa no Peru.

É regida pela publicidade restrita às partes na Espanha (salvo nos casos em que seja declarado, especial e limitada-

mente, o sigilo), no projeto do Salvador e no Anteprojeto do Uruguai.

Na Costa Rica, por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, as partes têm amplo acesso aos atos da instrução e, apesar da vedação quanto às pessoas alheias ao processo, os meios de comunicação têm acesso às informações nele contidas e as divulgam ao público.

A publicidade é ampla no Brasil, na instrução dos processos de competência do Tribunal do Júri.

a.4) os princípios que regem a instrução são, no Peru, a concentração, a imediação e a identidade física do juiz; no Anteprojeto do Uruguai e no Projeto do Salvador, a identidade física do juiz.

Na Espanha, na Costa Rica e no Brasil (para a instrução preparatória do Júri), os princípios mencionados não se aplicam à etapa da instrução.

a.5) em todos os países analisados, na instrução as funções de acusar, defender e julgar são separadas e atribuídas a órgãos distintos;

a.6) com exceção do Peru e do Projeto do Salvador, onde o contraditório é limitado a certos atos, nos demais, sistemas estudados a instrução desenvolve-se em contraditório pleno.

Na Espanha, prevê-se expressamente a produção antecipada da prova, em incidente processual, para os casos legalmente contemplados. Todavia, há hipóteses em que a prática do ato pode ser acompanhada apenas pelo Ministério Público e ainda casos de sigilo nas diligências, declarado pelo juiz.

a.7) o direito de defesa é plenamente observado em todos os países analisados, tendo sido extraordinariamente potenciado pela Constituição, na Espanha e na Costa Rica;

a.8) quanto às medidas cautelares, pessoais e reais, são elas de competência do juiz da instrução em todos os países pesquisados.

Na Espanha, o ordenamento permite excepcionalmente a expedição de provi-

6. Na Espanha, discute-se se a etapa instrutória, chamada de investigação ou procedimento preliminar, teria natureza jurisdicional ou administrativa, sendo opinião do relator nacional, Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, assim como do Dr. Manuel Ortells Ramos, autor de comunicação para essas Jornadas, revestir-se ela de natureza jurisdicional. A análise das funções da etapa preliminar, apontadas pelo relator nacional — e sobretudo o fato de que o juiz da instrução, que freqüentemente procede de ofício, é quem declara processado o imputado, remetendo os autos, após a conclusão do sumário, ao tribunal para a fase do juízo oral — parece demonstrar sua natureza jurisdicional.

mentos cautelares por parte do Ministério Público e da Polícia Judiciária, com controle posterior e imediato do juiz da instrução.

Os provimentos cautelares, em todos os países, estão submetidos ao controle jurisdicional, pelos recursos ordinários ou por *habeas corpus*.

a.9) os direitos e garantias constitucionais, amplamente assegurados na etapa da instrução, são efetivamente operantes e sua observância é submetida ao controle dos tribunais superiores, em todos os países.

A Espanha ressalta o avanço da Constituição de 1978, que incorporou diversas garantias processuais.

Na Costa Rica, a Sala Constitucional tem exercido um acurado controle da observância das garantias processuais, cujo primeiro guardião são o juiz e o Ministério Público.

O Anteprojeto do Uruguai reafirma todas as garantias oriundas da Constituição e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Há instrumentos processuais adequados, em todos os países — incluindo, em alguns deles, o *habeas corpus* — para assegurar a efetiva operacionalidade dos direitos e garantias fundamentais na fase de instrução. O *habeas corpus* brasileiro é utilizado não somente em relação à privação da liberdade, mas também com controle sobre o procedimento, que deve ser pautado pelas garantias do devido processo legal.

a.10) a etapa da instrução é precedida por uma fase investigativa prévia, necessária no Peru no Projeto do Salvador e no Brasil (neste país, no tocante aos crimes da competência do Tribunal do Júri e eventual na Espanha, na Costa Rica e no Uruguai).

A investigação prévia é conduzida pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia Judiciária, no Peru. Nos demais países, é levada a cabo diretamente pela Polícia, normalmente a Polícia Judiciária,

com exceção do Uruguai, que não conta com uma polícia judicial.

Na Espanha, a Polícia Judiciária é órgão auxiliar do Poder Judiciário e do Ministério Público, trabalhando sob as ordens destes. Se os fatos investigados se caracterizam como infrações penais, a fase investigativa incorpora-se à fase judicial de instrução. Se os fatos não constituírem delitos, a fase conserva caráter administrativo.

Na Costa Rica, a investigação da Polícia Judiciária submete-se, por disposição legal, às mesmas normas aplicáveis à etapa de instrução. Uma vez que haja intervenção do juiz da instrução ou do Ministério Público, a polícia passa a estar subordinada às suas ordens.

No Anteprojeto uruguaio, é expressa a determinação de que as informações administrativas da fase investigativa policial só podem ter valor de indicação para a instrução, carecendo de qualquer força probatória.

No Brasil, a Polícia Judiciária integra o Poder Executivo, mas é submetida ao controle externo do Ministério Público (órgão considerado como exercendo funções essenciais à Justiça e contemplado fora do capítulo do Poder Judiciário e do Poder Executivo, ao qual são asseguradas todas as garantias da magistratura).

b) quanto à etapa do juízo:

b.1) o juízo desenvolve-se perante um juiz monocrático — que é o mesmo da instrução — no Anteprojeto uruguaio; perante um juiz unipessoal ou um tribunal colegiado, conforme o caso, na Espanha e na Costa Rica; sempre perante um tribunal colegiado, no Peru e no Salvador. E, no Brasil, perante o Tribunal do Júri, pois só a instrução dos processos da competência deste submetem-se ao regime bifásico.

b.2) em todos os países pesquisados, a etapa do juízo é pública, sendo regida pelos princípios da concentração, da imediação e da identidade física do juiz.

A oralidade é plena na maioria dos países, com exceção de alguns atos pre-

paratórios escritos no Anteprojeto Uruguaio (acusação e defesa), prosseguindo depois o processo por audiências. Também na Costa Rica, embora o juízo seja essencialmente oral, há alguns atos escritos, como também acontece no Brasil, para os atos preparatórios do julgamento do Tribunal do Júri.

b.3) a atividade probatória da etapa do juízo destina-se à formação do convencimento judicial sobre a pretensão punitiva, em todos os países.

Mas duas questões devem ser realçadas: há que saber-se, em primeiro lugar, se, na etapa do juízo, podem ser aproveitadas as provas produzidas na etapa de instrução; e, em segundo lugar, se o juiz ou tribunal, para julgar o mérito, pode apoiar-se nas provas produzidas durante a instrução.

E aqui as respostas divergem.

b.3.1) quanto ao aproveitamento, na etapa do juízo, das provas produzidas durante a instrução:

No Anteprojeto uruguaio, todas as provas que tenham sido submetidas a contraditório na etapa da instrução ingressam livremente na fase do juízo. É o mesmo sistema do Júri brasileiro, que incorpora perante os jurados as provas produzidas durante a instrução, todas submetidas a contraditório nesta.

Na Costa Rica, todas as provas lícitas, relevantes e pertinentes, produzidas na instrução ingressam livremente na fase do juízo, sendo submetidas a contraditório nesta. Assim também ocorre no Peru.

O projeto do Salvador não admite o ingresso, na fase do juízo, das provas produzidas na etapa de instrução, com exceção das irrepetíveis.

Na Espanha, somente são consideradas provas as produzidas na fase do juízo, não podendo ser aproveitadas as da instrução, salvo quando se trata de prova antecipada, em incidente probatório, que se desenvolve segundo os mesmos princípios que regem o juízo oral. O relatório, porém, também se refere à "leitura de

diligências sumariais, sob pressupostos estritos".

b.3.2) quanto à formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito poder basear-se, ou não, nas provas produzidas na instrução:

O Uruguai, pelo Anteprojeto, admite que na etapa do juízo o juiz do debate forme seu convencimento com base nas provas produzidas em contraditório na fase da instrução. O mesmo ocorre no Brasil, onde, porém, o veredicto dos jurados — que julgam sobre os fatos — é de consciência, não sendo motivado.

Na Costa Rica e no Peru, as provas da instrução, desde que submetidas a contraditório na etapa do juízo, embasam o convencimento do juiz ou tribunal do mérito.

No Projeto do Salvador, o tribunal não pode apoiar-se em provas produzidas apenas na fase de instrução, salvo no que respeita às irrepetíveis.

Na Espanha, coerentemente com a linha segundo a qual só as provas produzidas antecipadamente em incidente probatório, regido pelas mesmas regras aplicáveis ao debate oral, podem ingressar na etapa do juízo, somente nestas, dentre as colhidas durante a instrução, pode fundamentar-se a decisão do juiz ou tribunal do mérito, observada, porém, a possibilidade de leitura das diligências sumariais, sob certos pressupostos, a que o relatório se refere e que também podem embasar a formação do convencimento do juiz ou tribunal.

Quanto à previsão de outros procedimentos, diversos do indicado, nos países descritos, há procedimentos simplificados para as contravenções em todos os países e, na Costa Rica, também para os delitos de trânsito.

2.3 O sistema acusatório sem juizados de instrução

A última etapa do caminho evolutivo da instrução rumo ao modelo acusatório

cumpre-se pela adoção de um sistema que aboliu os juizados de instrução, substituindo-os por uma fase investigativa prévia de índole administrativa, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público quanto à acusação e cujos elementos informativos não são considerados provas, nem podem fundamentar a decisão de mérito. Após a investigação preliminar, oferecida a acusação, inicia-se o processo, todo moldado pelo contraditório e conduzido em audiências públicas, sendo emprenhado de maior ou menor oralidade, conforme os diversos países.

Filiam-se a esse sistema, que é o do CPP Modelo para Ibero-América, o Brasil, para os crimes que não sejam da competência do Tribunal do Júri⁷, a Guatemala e o Anteprojeto da Costa Rica. Seguem o mesmo modelo os códigos argentinos das Províncias de Tucumã, de Córdoba e de Santiago del Estero. A Espanha poderia ser enquadrada neste sistema somente com relação à hipótese excepcionalíssima do art. 785 bis Lecrim, relativa a casos muito restritos atinentes aos procedimentos abreviados. Parece mais adequado, todavia, enquadrar esse caso excepcional dentre os sistemas que mantêm os juizados de instrução, confiando esta ao Ministério Público (supra, n. 2.2, especialmente alínea a.1).

O Código português é de 1987, o brasileiro de 1940; o da Guatemala é de 1992, devendo entrar em vigor a 1 de julho de 1994; Costa Rica está com seu Anteprojeto em fase de elaboração.

São as seguintes as características fundamentais do processo, nos países agrupados nesse sistema:

a) quanto à investigação prévia, de índole administrativa:

a.1) a finalidade desta etapa é a de colher elementos informativos para a

formação do convencimento do acusador, a fim deste poder, oportunamente, acusar ou não na base de sua *opinio delicti*;

a.2) durante a investigação, o juiz intervém necessariamente para autorizar as medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público, bem como para presidir à colheita das provas antecipadas, em contraditório;

a.3) o juiz das medidas cautelares é juiz diverso do processo, no Código Modelo, na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica; é o mesmo juiz da futura instrução e julgamento, em Portugal e no Brasil;

a.4) a etapa das investigações é dirigida pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia judiciária, no Código Modelo, em Portugal na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica. No Brasil, é a polícia que dirige as investigações, submetida apenas ao controle externo do Ministério Público, que pode a qualquer momento intervir nas investigações. Ainda no Brasil, a investigação prévia, nos crimes falimentares, é conduzida pelo próprio juiz da instrução e julgamento;

a.5) esta fase é regida por um contraditório mitigado, que se justifica à vista da alínea a.6 abaixo, estando nela prevista a presença (facultativa) do defensor;

a.6) os elementos informativos colhidos na fase de investigação prévia não são admitidos no processo como provas, salvo quando se tratar de provas irrepetíveis (como o exame de corpo de delito), sendo neste caso submetidas a contraditório no próprio processo, ou quando se tratar de provas colhidas antecipadamente em contraditório, perante o juiz;

a.7) esse não aproveitamento dos elementos informativos é rigoroso no Código Modelo, em Portugal na Guatemala e no Anteprojeto da Costa Rica. É menos rigoroso no Brasil, onde os autos da investigação permanecem apensados aos do processo, acabando freqüentemente

7. Para estes, v. supra, n. 2.2.

por influir sobre a formação do convencimento do juiz.⁸

a.8) no Código Modelo e em todos os países pesquisados, o juiz do mérito não pode formar seu convencimento com base nos elementos informativos colhidos na etapa da investigação, embora no Brasil ainda haja resquícios dessa prática.⁹

b) quanto ao processo:

b.1) instaurado o processo, este se desenvolve todo em contraditório pleno, por audiências públicas, sendo regido pelos princípios da imediação, no Código Modelo e em todos os países; também pelo da concentração (no Código Modelo, em Portugal, na Guatemala, no Anteprojeto da Costa Rica e no Brasil, no procedimento sumário¹⁰), e pelo da identidade física do juiz, com exceção do Brasil;

b.2) No Código Modelo e em alguns países pesquisados, o processo prevê uma fase preliminar, destinada exclusivamente ao juízo de admissibilidade sobre a acusação (Guatemala, Anteprojeto da Costa Rica, Brasil apenas para os crimes praticados por funcionários públicos e contra a propriedade imaterial¹¹ e os

crimes de competência do Tribunal do Júri¹²);

b.3) essa etapa preliminar, quando existente, pode consistir somente na abertura do contraditório, necessária ao juízo de admissibilidade da acusação (Brasil, nos crimes praticados por funcionários públicos), ou caracterizar verdadeira instrução probatória, como nos demais casos mencionados na alínea b.2 acima;

b.4) existindo o juízo prévio de admissibilidade, é ele atribuído ao mesmo juiz do mérito (Brasil, para os crimes dos funcionários públicos), ou a juiz diverso do tribunal do mérito (Código Modelo, Guatemala, Projeto da Costa Rica e Brasil, nos procedimentos de competência do Júri).

3. A instrução processual no processo penal de emergência

Cumpra assinalar que, entre os países pesquisados, Costa Rica, Guatemala e Uruguai não contemplam qualquer procedimento especial para o crime organizado ou os crimes mais graves.

Portugal prevê normas aplicáveis a esse tipo de criminalidade, no próprio Código, possibilitando a busca e apreensão pela própria polícia e a incomunica-

8. As propostas de reforma do CPP brasileiro encaminhadas pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional em 1994, prevêem o desentranhamento das peças investigativas do processo, com exceção das provas irrepetíveis, após o recebimento da acusação pelo juiz, de modo a evitar esse inconveniente.

9. V. nota anterior.

10. O CP brasileiro apena os crimes, segundo a gravidade, com pena de reclusão ou pena de detenção, residindo a distinção na diferença de procedimentos: ordinário, para os crimes apenados com reclusão, e sumário, para os crimes apenados com detenção.

11. Também nesse ponto, as propostas de reforma ao CPP instituem essa fase preliminar, obrigatória, para todos os procedimentos, exceção feita ao destinado às infrações penais de menor potencial ofensivo (assim entendidas as apenadas em, no máximo, dois anos de pena privativa da liberdade).

12. Na verdade, a instrução perante o juiz preparador do Júri, que teria, pela lei processual, como finalidade precípua o juízo sobre a admissibilidade da acusação e a declaração da competência do Tribunal do Júri, tem contornos mais amplos: na *praxis* judiciária, acabou transformando-se em verdadeira etapa processual instrutória, em contraditório, uma vez que as provas colhidas nesta fase são introduzidas, mediante leitura, no juízo perante o corpo de jurados, que na maioria das vezes se limita a ter contato direto com o acusado, pela via do interrogatório. Por isso, na tipologia deste relatório, incluímos o procedimento do Júri brasileiro nos sistemas que adotam o modelo misto, com instrução contraditória (*supra*, n. 2.2).

bilidade do preso, salvo o defensor, até o primeiro interrogatório: mas essas regras que não incidem sobre a estrutura da instrução.

No Peru, para os delitos de terrorismo, tratados em lei especial de 1992, encontram-se dispositivos sobre a conservação do detido em prisão cautelar até a sentença absolutória, mas também não há indicação de reflexos da lei sobre o sistema instrutório.

Na Venezuela, a Lei Orgânica de Salvaguarda do Patrimônio Público e a Lei Orgânica sobre Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas não apresentam alterações de monta quanto ao sistema processual, no tocante à instrução e ao juízo.

No Brasil, tem havido Projetos destinados à luta contra o crime organizado, que, da mesma forma, não modificam a estrutura do procedimento.

Diversa é a situação da Espanha e da Colômbia, cujos Códigos incluem normas sobre o crime organizado, com reflexos, menores ou maiores, na instrução processual.

Assim, na Espanha — onde a essas infrações se aplicarão, conforme o caso, os diversos procedimentos previstos na lei processual — o legislador introduziu diversas disposições na LOPJ, no CP e na Lecrim, que afetam a competência, o direito de defesa, as medidas cautelares, etc. Mas essas regras incidem mais sobre a atuação da polícia e sobre os direitos do acusado — incluindo a suspensão do cargo público, a suspensão das medidas de desencarceramento, o prolongamento da prisão provisória, a incomunicabilidade do preso, etc. — do que sobre a estrutura da instrução processual.

Já na Colômbia existem regras processuais da maior relevância para a instrução processual, como as que prevêm a proteção da identidade de funcionários, diversos do Ministério Público; foi criada a figura da *testemunha sem rosto*, da qual

se consigna em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado pelo Ministério Público, que deverá indicar os elementos que possam ser úteis ao juiz ou ao próprio Ministério Público (que preside a instrução) para valorar a credibilidade da testemunha; de se lembrar, ainda, o interrogatório do acusado sem a presença do defensor, na etapa do sumário, quando o imputado estiver correndo perigo de morte.

4. Considerações críticas

Dito isto, passa-se a extrair, dos informes, relatórios e comunicações recebidas, algumas considerações críticas, sugeridas pelo cotejo entre os três modelos acima compendiados e pela introdução, em alguns países, do denominado *processo penal de emergência*.

4.1 Sistema misto clássico

Resulta evidente que o primeiro dos sistemas vistos, baseado no modelo misto clássico, com juizados de instrução secretos e inquisitivos, não se coaduna com as exigências de um processo cioso das garantias constitucionais e preocupado em equilibrar as instâncias da prevenção e repressão penais com os valores próprios da dignidade do homem.

A maioria dos relatores nacionais dos países que ainda o adotam não lhe poupam críticas: as mais veementes são as do Uruguai, cuja relatora indica os pontos em que o processo vigente vulnera princípios constitucionais e garantias expressamente previstas na Convenção Americana dos Direitos do Homem. Os relatórios do Chile e do México também investem contra o sistema vigente em seus respectivos países: o processo chileno, afirma-se, com as três funções — de investigar, acusar e sentenciar — confundidas no mesmo juiz, não pode ser um processo racional e justo. E no México, diz o relator, os direitos e

garantias constitucionais não são efetivamente operantes na fase de instrução, por dependerem apenas do poder discricionário do Ministério Público, sujeito exclusivamente à hierarquia interna.

Ademais, o referido modelo encontra-se superado pelas tendências atuais do processo penal moderno, permanecendo como resquício de sistemas ultrapassados, anteriores às grandes reformas da Europa continental do século XIX e imunes às reformas constitucionais do século XX.

Pode-se considerá-lo, assim, como um processo penal de natureza estritamente inquisitorial, apegado a princípios antigos, pelos quais a prevenção e repressão dos crimes e a busca da verdade real ainda são tidos como os valores mais relevantes, a ser buscados incessantemente, mesmo com prejuízo dos direitos e liberdades individuais.

Espera-se que a sensibilidade dos relatores nacionais represente a opinião dominante nos países latino-americanos que ainda adotam esse sistema, levando às reformas necessárias para coaduná-lo com as modernas tendências do processo penal.

4.2 Sistema misto com juizados de instrução contraditórios

Esse modelo pode ser considerado intermediário, representando um notável avanço com relação ao primeiro. Distingue-se do sistema acusatório mais atual, pelo fato de conservar os juizados de instrução, conferindo-lhes, porém, caráter contraditório.

Embora tenham os juizados de instrução perdido, nesse modelo, suas características inquisitoriais, distinguindo-se nitidamente as funções de acusar, defender e julgar, o sistema ainda não consegue despir-se, nesta fase, de alguns vícios que foram incorporados pelo sistema inquisitivo: a forma escrita, a publicidade restrita às partes, a ausência de imediação,

concentração e identidade física do juiz, ficando ainda distante das marcas próprias de um verdadeiro processo acusatório, público e oral, todo desenvolvido por audiências perante o próprio juiz ou tribunal do mérito.

A operatividade dos direitos e garantias constitucionais do acusado na etapa instrutória ainda não é plena, em diversos países pesquisados pertencentes a esse grupo. E, em vários deles, permite-se o aproveitamento da prova produzida durante a instrução na etapa do juízo, de modo que o juiz ou tribunal de mérito nem sempre usufrui do contato direto com as provas, formando seu convencimento na base de elementos probatórios de cuja produção não participou.

Que ainda não seja o sistema ideal, demonstram-no os países que, embora adotando-o, estão procedendo a estudos para sua reforma: é o caso sintomático da Costa Rica, cujo relatório indica a nítida tendência no sentido do abandono do sistema atualmente vigente, para filiar-se, com o projeto em andamento, ao sistema acusatório que suprime os juizados de instrução.

Mas para a transformação, não bastará, evidentemente, a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público — como ocorreu na Colômbia e como alguns especialistas preconizam na Espanha, onde por enquanto existe o precedente excepcionalíssimo do art. 785 bis Lecrim.¹³ Essa postura é contrariada, com toda a razão, pelo relator nacional e pelos autores de comunicações: confiar a etapa da instrução processual ao Ministério Público significa, em última análise, preservar as deficiências supra apontadas.

Seria necessário, isso sim, eliminar a etapa processual dos juizados de instrução, substituindo-a por uma investigação preliminar, de caráter administrativo, confiada ao Ministério Público e à polícia, cuja função fique rigorosamente confina-

13. V. supra, n. 2.2, especialmente alínea a.1.

da à colheita dos elementos informativos necessários à oportuna apresentação da acusação. Durante essa fase, os provimentos cautelares, de natureza pessoal e real, devem permanecer adstritos à exclusiva competência de um juiz, também encarregado da produção antecipada das eventuais provas urgentes, em incidentes probatórios banhados pelo contraditório pleno.

É o que ocorre no modelo seguinte.

4.3 O sistema acusatório sem juizados de instrução

Trata-se do sistema idealmente melhor, adotado na Alemanha, em Portugal e na Itália e que se vai disseminando pela América Latina, graças ao Código Modelo.

Preservados os princípios caros ao modelo acusatório, no pleno respeito e operatividade de todas as garantias constitucionais; observadas as pautas de um processo verdadeiramente público e oral, em todas as suas fases, todo impregnado pela concentração, pela imediação e pela identidade física do juiz ou tribunal do mérito, perante o qual o processo se desenvolve por audiências, respeita também a busca da efetividade e da eficiência do processo, permitindo maior celeridade e evitando a duplicação da colheita das provas.

Pode ser dividido em duas fases, uma destinada ao juízo de admissibilidade da acusação, com o intuito de cortar muitos processos penais no nascedouro quando lhes faltarem os requisitos de admissibilidade. Nesta hipótese, conveniente será que o juiz da admissibilidade, que teve contato com os elementos informativos preliminares, colhidos pelo Ministério Público e pela polícia judiciária, seja diverso do juiz ou tribunal de mérito, que julgará sobre a procedência ou improcedência da acusação, à luz das provas que lhe forem apresentadas.

O processo é precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia judiciária, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público sobre o oferecimento, ou não, de sua acusação, sendo que os elementos informativos nela colhidos não poderão, de forma alguma, ser aproveitados no processo nem servir para a formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito.

Durante a fase investigativa prévia, os provimentos cautelares, pessoais e reais, são da exclusiva competência do juiz, assim como a produção antecipada de eventuais provas urgentes, que se fará em contraditório pleno.

4.4 O processo penal de emergência

Somente a Colômbia, entre os países pesquisados, introduziu em seu Código um verdadeiro processo penal de emergência, destinado ao crime organizado, com reflexos na instrução processual. Na Espanha, como visto, as normas atinentes à luta contra o crime organizado não afetam de modo relevante a instrução processual.¹⁴

Mas, na Colômbia, se é certo que as normas processuais de emergência também não incidem propriamente sobre a estrutura do sistema processual, é igualmente certo que representam elas sérias restrições a formalidades processuais, entendidas como garantias das partes e do devido processo penal.

A preservação da identidade de funcionários da justiça e de testemunhas, se tem o elevado propósito de proteger sua incolumidade, representa uma grave transgressão a um processo transparente, em que o contraditório seja observado em todas as suas manifestações. E o interrogatório

14. V. *supra*, n. 4.

sem a presença do defensor parece ter levado longe demais as preocupações com a incolumidade do acusado.

Mas certamente não é fácil encontrar o justo equilíbrio entre graves situações emergenciais e um processo plenamente garantidor. Seria interessante aprofundar a questão da medida em que essas normas têm sido aplicadas e, sendo-o, se se têm demonstrado eficazes para os fins a que se destinam.¹⁵ E indagar, sobretudo, se a construção de um processo penal de emergência pode efetivamente ser considerado uma arma efetiva contra o crime organizado, ou se são outros os caminhos pelos quais essa luta deve passar.

5. Conclusões

Estas conclusões foram acrescidas ao Relatório preliminar após a apresentação dos relatórios argentinos dos Drs. Pedro J. Bertolino e Francisco J. D'Albora, levando sobretudo em consideração as instigantes conclusões do Relatório Bertolino, que merecem ser aprofundadas.

5.1 É oportuno lembrar, em primeiro lugar, a lição de Alfredo Vélez Mariconde, Projetista do Código da Província de Mendoza, quando afirmava que:

"Para nós, o problema não consiste apenas em decidir se a instrução preparatória deve ser efetuada por um juiz se às vezes pode ser confiada ao Ministério Público, ou seja, qual deve ser o órgão da instrução. Nosso processo de conhecimento consta de duas etapas: instrução e juízo; mas às vezes é precedida por uma investigação preliminar a cargo da polícia judiciária, que atua sob a direção do Ministério Público. Deve-se resolver

se em algum desses casos se pode prescindir da primeira e acelerar o procedimento, conferindo ao Ministério Público algumas atribuições que, com o auxílio desse órgão técnico, lhe permitam solicitar a citação direta do imputado perante o tribunal do juízo. Esta é a colocação correta do problema, porquanto se reconhece que o Ministério Público não pode ter as mesmas atribuições do juiz: entre os dois tipos de instrução não existe apenas uma diferença de órgãos".¹⁶

Punha, assim, o mestre de realce a antítese entre o sistema de instrução formal e o de citação direta.

5.2 Têm sido apontados, pelos diversos relatores argentinos cujas comunicações serviram de base aos relatórios gerais do referido país, os inconvenientes apresentados pelo sistema de instrução formal, como segue: carência de imparcialidade do juiz que acumule as funções de investigar com as inerentes à função jurisdicional.¹⁷ A mesma crítica aplica-se ao Ministério Público, que na instrução formal seja encarregado ao mesmo tempo das tarefas de investigar e das próprias do órgão jurisdicional; falta de objetividade do juiz (ou do Ministério Público) que seja incumbido das funções de investigar e das de julgar na etapa da instrução formal;¹⁸ inversão dos papéis, pois o juiz investiga e o Ministério Público se limita ao mero controle sobre a investigação;¹⁹ repetição da investigação, pois na fase do juízo volta-se a repetir as provas produzidas no pré-sumário e no sumário.²⁰

16. Exposição de Motivos do Código de Mendoza (Lei 4.067), transcrita no n. 17 do Relatório argentino de Pedro Bertolino.

17. Cafferata Nores, Chiara Diaz, Sánchez e Di Gregorio, citados no Relatório Bertolino, n. 29.

18. V. os autores citados na nota supra.

19. Assim Chiara Diaz e Cafferata Nores.

20. V. Vázquez Rossi, citado no n. 29 do Relatório Bertolino.

15. O Dr. Cuellar Bernal, da Colômbia, informou não terem tido tais normas grande aplicação, demonstrando-se cético quanto à sua eficácia na luta contra o crime organizado, para qual o direito premial teria se demonstrado mais eficiente.

5.3 Em contrapartida, os autores argentinos salientam as vantagens do sistema de citação direta: eficácia do sistema; sua agilidade; o domínio sobre a estratégia da investigação; o perfil garantidor do sistema.²¹

5.4 Cumpre salientar, sob esse último aspecto, que todos os relatores argentinos entendem ser a solução da citação direta a que melhor assegura a operatividade dos direitos e garantias constitucionais para o imputado.²²

5.5 Em suas profundas e instigantes conclusões, Pedro Bertolino põe de realce a tensão entre o modelo garantidor, imposto pela Constituição, e o modelo de processo penal de tipo inquisitorial ou misto, ainda em grande parte imperante na Argentina.

E, a partir dessa dicotomia, sugere que se separem as vertentes ideológicas das vertentes técnico-jurídicas dos modelos propostos, a fim de superar qualquer aporia.

Se, porém, para o aspecto ideológico, entende necessária, em todos os ordenamentos, uma firme decisão político-jurídica para que se adote a ideologia garantidora contida no modelo do Código Tipo para Ibero-América, sustenta que, sob o aspecto técnico-jurídico, cada país (ou ordenamento) deve adequar o modelo às características próprias de cada povo, adaptando as soluções sugeridas à realidade de cada qual.²³

5.6 — Concordamos, somente em parte, com estas últimas sugestões. Sem deixar de lado as particularidades necessárias à perfeita aderência de cada processo à realidade sócio-política subjacente, parece-nos que a escolha de um determinado sistema processual — e, no que diz

respeito à instrução, a escolha do sistema misto ou do sistema que suprime a fase da instrução formal — não seja uma questão de mera política legislativa.

Como já tivemos oportunidade de escrever, os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a eficiência.²⁴

A técnica básica de que o novo processo penal se utiliza, para a observância desses princípios maiores, reside na estrutura típica do *modelo acusatório*. Abolida a fase do juizado de instrução, assim como a figura do inquisidor, todo o procedimento se publiciza, condensa-se e concentra-se, exigindo a participação constante e iterativa das partes e do juiz.

Não há dúvida de que menosprezar a dimensão técnica do direito — e do processo — é formidável equívoco, pois qualquer ciência demanda e se serve de instrumentos técnicos. Se é certo que o tecnicismo exacerbado esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica é reduzido a mero diletantismo, quando não a charlatanismo.²⁵

Mas a técnica tem função ancilar e deve estar a serviço das finalidades maiores que o direito se propõe, e que são ao mesmo tempo finalidades jurídicas, mas também sociais e políticas. Por isso, o processo deve servir-se da técnica para atingir seus objetivos principais, que são os do garantismo e da eficiência.

Para além da mera técnica, a decisão do legislador processual representa uma escolha ideológica e valorativa e tem, conseqüentemente, implicações políticas. Há que fugir, hoje, do conceito de um processo neutro, o qual costuma escon-

21. Assim, sobretudo, Cafferata Nores, citado no Relatório Bertolino, n. 31.

22. V. Relatório Bertolino, ns. 34/36, citando Vázquez Rossi, Chiara Diaz e Jorge García, De Seta.

23. Bertolino, ns. 47 e 48.

24. Ada Pellegrini Grinover, *Lineamentos gerais* cit., p. 134.

25. Assim, José Carlos Barbosa Moreira, Discurso proferido no Instituto de Advogados Brasileiros, agradecendo a outorga da Medalha Teixeira de Freitas, in *Reflexões sobre direito e sobre processo*, Rio de Janeiro, 1992.

der, sob esse rótulo, sistemas que não retratam os anseios da sociedade e que não estão comprometidos com os objetivos sociais e políticos do próprio processo.

Assim, como conclusão última deste Relatório geral, diríamos que o modelo básico de instrução do Código Modelo para Ibero-América deveria estimular os países-membros da comunidade lusohispano-americana a procederem às re-

formas necessárias para a adoção do sistema acusatório de instrução, abandonando o misto, próprio dos juizados de instrução que, como se salientou, não é apto a atingir as finalidades maiores do processo. Observando-se, evidentemente, em cada país ou em cada ordenamento, as peculiaridades próprias, necessárias à perfeita aderência do modelo acusatório de instrução à realidade sociopolítica subjacente.

A REPRESSÃO PENAL AOS DESVIOS DO "MARKETING"¹

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN²

Membro do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito pela University of Illinois (EUA)

1. Introdução — 2. A perspectiva jurídica do *marketing*: informação publicitária x informação não-publicitária — 3. A importância da informação do consumidor — 4. Crimes de inadequação da oferta não-publicitária (art. 66); 4.1 Objetividade jurídica; 4.2 Sujeito ativo; 4.3 Sujeito passivo; 4.4 Tipo objetivo; 4.5 Tipo subjetivo — 5. Inadequação da oferta publicitária: crimes de publicidade enganosa e abusiva (arts. 67 e 68); 5.1 Crime de publicidade enganosa; 5.1.1 Objetividade jurídica; 5.1.2 Sujeito ativo; 5.1.3 Sujeito passivo; 5.1.4 Tipo objetivo; 5.1.4.1 O anúncio; 5.1.4.2 A enganabilidade; 5.1.4.2.1 A enganabilidade quanto ao seu conteúdo; 5.1.4.2.2 A enganabilidade quanto à sua forma de manifestação; 5.1.4.2.3 Modos de transmissão da enganabilidade; 5.1.5 Tipo subjetivo; 5.2 Crimes de publicidade abusiva (arts. 67, *caput*, e 68, *caput*); 5.2.1 Objetividade jurídica; 5.2.2 Sujeito ativo; 5.2.3 Sujeito passivo; 5.2.4 Tipos objetivos; 5.2.5 Tipo subjetivo — 6. Omissão de fundamentação da publicidade (art. 69); 6.1 Objetividade jurídica; 6.2 Sujeito ativo; 6.3 Sujeito passivo; 6.4 Tipo objetivo; 6.5 Tipo subjetivo.

1. O autor, como de outras vezes, agradece o zelo com que o amigo e professor Tupinambá Pinto de Azevedo leu e criticou o presente texto. Desnecessário ressaltar que a responsabilidade última, em particular quanto aos deslizes, fica com aquele e não com este.

Somente após a conclusão deste artigo, foram publicados os excelentes trabalhos dos professores René Ariel Dotti (*Comentários ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pp. 219-296), Odone Sanguiné (*Introdução aos crimes contra o consumidor — perspectiva criminológica e penal*), Alberto Zacharias Toron (*Aspectos penais da proteção ao consumidor*) e Luiz Luisi (*A tutela penal do consumidor*), estes três últimos nos fascículos de Ciências Penais, ano 4, v. 4, n. 2, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

2. Membro do Ministério Público de São Paulo, Mestre em Direito pela University of Illinois (EUA) e um dos redatores do CDC. Além de diretor da *Revista de Direito do Consumidor*, da Ed. RT, é presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, da "Comissão de Instalação" do

1. Introdução

Em outro trabalho,³ analisamos os crimes de consumo próprios⁴ do Código de Defesa do Consumidor, à exceção daqueles relacionados com o *marketing*. Agora, é nosso intuito estudar estes últimos.

Instituto Ibero-Latino-americano de Direito do Consumidor e da "Comissão Permanente de Direito do Consumidor" da *Confederação Nacional do Ministério Público* (CONAMP).

3. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3.º Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/RT, set/dez de 1992, pp. 88-126.

4. Sobre o conceito de crime de consumo próprio, veja-se Antonio Herman V. Benjamin, "O Direito Penal do Consumidor": cap. "Do Direito Penal Econômico", in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1.º, jan/abr de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/RT, pp. 103-129.

A rigor, o tema exigiria, para sua compreensão perfeita, verdadeiro estudo monográfico, em particular pela novidade e importância da matéria, com alguns dos delitos mais danosos e reprováveis contra as relações de consumo.⁵ De qualquer maneira, sem prejuízo de que outros tomem a si tal tarefa, é oportuno buscar os fundamentos, teóricos e pragmáticos, da criminalização de certas “condutas de *marketing*”, na forma proposta pelo legislador do CDC.⁶

2. A perspectiva jurídica do *marketing*: informação publicitária x informação não-publicitária

Quando nos referimos à “condutas de *marketing*” entendemos este em seu sentido mais amplo, equiparando-o à oferta⁷ ou à informação.⁸

5. Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 437.

6. Cf. muito bem assinala José Geraldo Brito Filomeno, o legislador buscou, nessa matéria, incorporar “ao ordenamento jurídico, em definitivo, normas penais efetivas de comportamento não desejado, pondo-se fim às tentativas outrora frustradas nesse sentido, e que tinham ora uma objetividade jurídica diversa (por exemplo, a concorrência livre e leal e não direitos e interesses do consumidor), ora uma maneira indireta de inserir tais normas”, como no caso do crime de estelionato e outros previstos na Lei n. 1.521/51 (*Código Brasileiro... cit.*, p. 438).

7. Na sua acepção moderna, e não naquela que orientava — ou ainda orienta — a teoria clássica da formação dos contratos. Sobre o conceito atual de oferta, próximo da idéia de *marketing*, veja-se nosso *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 149.

8. Em verdade, o *marketing* é o fenômeno e o veículo; a informação, o conteúdo. Mas na medida em que é o conteúdo que define — maculando, inclusive — o fenômeno, podemos

Marketing então, seria qualquer modalidade de informação ou oferta associada à circulação de bens de consumo, ou seja, produtos e serviços.⁹

Consequentemente, dizer-se que está viciada a informação ou a oferta vinculada à circulação de bens de consumo é o mesmo que se afirmar estar maculado o *marketing* do produto ou serviço.

Bem se vê, pois, que, no plano jurídico, a configuração conceitual do *marketing*, embora influenciada pelas disciplinas da comunicação, decorre da lei, o que, no caso brasileiro, quer dizer o CDC.

Numa primeira perspectiva, levando em consideração a natureza da informação associada ao produto ou serviço, podemos classificar o *marketing* (oferta ou informação) da seguinte forma:

Marketing

- a) não-publicitário¹⁰
- b) publicitário¹¹

No tratamento civil dado à matéria, em particular no tema da reparação¹² — p. ex., no que tange à implementação do princípio da vinculação¹³ —, as duas modalidades de *marketing* (oferta ou informação) são praticamente equiparadas. Diversamente, na repressão penal, o legislador preferiu separá-las.¹⁴ Mas os dois grupos de dispositivos criminais não deixam de ter aspectos em comum: cuidam de informação do consumidor e de desvios informativos.

dizer que, para fins jurídicos, as noções de *marketing* e informação se equivalem.

9. Na forma do art. 3.º, do CDC.

10. Ou oferta *stricto sensu*; CDC, arts. 31 e 66.

11. CDC, arts. 37, 67, 68 e 69.

12. CDC, art. 35.

13. Sobre o princípio da vinculação da mensagem publicitária, cf. nosso *Código Brasileiro... cit.*, pp. 162 e ss.

14. Com o art. 66 (*marketing* não-publicitário) de um lado e, do outro, os arts. 67 e 68 (*marketing* publicitário).

Quanto ao consumidor, os riscos de ambas modalidades de *marketing*, publicitário ou não, são idênticos. Apenas o potencial ofensivo da oferta publicitária, pela sua veiculação massificada, é superior, mas as duas apresentam os mesmos desvios e a mesma necessidade, para não dizer imperiosidade — de controle.

A informação, comumente, acompanha o fornecimento do produto ou serviço. É o vendedor imediato que afirma ter seu produto tais e tais qualidades. Temos, aí, o *marketing* não-publicitário,¹⁵ que se manifesta através de diversos modos de comunicação *diretamente* ligados à “voz e gestos” do fornecedor final ou que não fazem uso de mídia.¹⁶

Mas a informação pode ser antecedente à própria colocação do produto ou serviço no mercado, assim como ser impessoal em relação a um ofertante particularizado (o vendedor de balcão, p. ex.). É o *marketing* publicitário ou, simplesmente, publicidade.

Em decorrência da bifurcação do *marketing* (oferta ou informação) em publicitário e não publicitário, nosso estudo será dividido em duas grandes partes; numa analisaremos os crimes de inadequação de informação não-publicitária; noutra, os crimes de inadequação de informação publicitária.

É claro que, no cotejo da informação publicitária e informação não-publicitária, nem sempre a separação entre uma modalidade e outra poderá ser feita de maneira cristalina, já que há uma área de sobreposição, de contorno incerto.

Entre a comunicação tipicamente publicitária — como aquela em rádio, televisão, jornais, revistas e *outdoors* — e a essencialmente não-publicitária — como aquela que acompanha o produto ou serviço ou se faz nas vizinhanças do

fornecimento — há toda uma série de situações que tendem a se confundir.

Todavia, em todas elas, o *standard* identificador do tipo de comunicação será sempre, no mínimo e de modo geral, triplo: a) o da proximidade do ato de fornecimento;¹⁷ b) o da criação profissional da informação;¹⁸ e, por derradeiro, c) o da veiculação em mídia.¹⁹

Entretanto, quando presente a dúvida, pelo menos quanto à enganosidade, prejuízo algum haverá em termos de *persecutio criminis*, de vez que as penas impostas a qualquer uma das desconformidades são idênticas, tanto no caso do *marketing* publicitário, como na hipótese do *marketing* não-publicitário.²⁰

Ressalte-se, contudo, que no que tange à forma culposa (“deveria saber”), o art. 67 (oferta publicitária enganosa) é mais rígido que o art. 66 (oferta não-publicitária enganosa), pois iguala o sancionamento das condutas dolosas e culposas.

17. Quanto mais distante e separada fisicamente do momento da aquisição ou utilização do produto ou serviço estiver a informação ou oferta, mais claramente ganhará ela o tom de publicidade.

18. Ou seja, por agência de publicidade ou profissional da área (o que exclui, evidentemente, os “argumentos de balcão”, utilizados por vendedores inescrupulosos. Neste último caso, para fins penais, não há publicidade enganosa e sim informação não-publicitária enganosa).

19. Mais uma vez, cabe ressaltar aqui a exceção das promoções de venda que, mesmo quando atreladas aos produtos e serviços — não utilizando a mídia, portanto —, são tidas, em sede penal, como oferta publicitária. Isso como consequência de sua *ratio* predominantemente persuasiva.

Saliente-se, ainda, que promoções de vendas, como os sorteios, só aparentemente estão atrelados aos produtos e serviços, já que sua consumação, como regra, ocorre em outro momento distinto daquele do ato de consumo primordial (a compra e venda, p. ex.).

20. Detenção de três meses a um ano e multa (CDC, arts. 66, *caput*, e 67).

15. Ou, com outra terminologia, oferta *stricto sensu*.

16. É também o caso dos rótulos.

Nos dois segmentos do nosso trabalho, analisaremos duas modalidades distintas de vícios ou inadequação do *marketing* (oferta ou informação): a enganiosidade e a abusividade.

A partir desses dois conceitos, outra classificação será utilizada, agora atendo para a modalidade de desvio da informação — enganiosidade ou abusividade. Localizaremos, então, primeiramente, os crimes de *marketing*²¹ enganoso: a) não-publicitário²² e b) publicitário.²³ Num segundo momento, identificamos os delitos de *marketing*:²⁴ a) não-publicitário abusivo²⁵ e b) publicitário abusivo.²⁶

É o que veremos a seguir.

3. A importância da informação do consumidor

Não custa repetir que o CDC erigiu a informação do consumidor como o seu instrumento predileto de prevenção das desconformidades de consumo.

Na aquisição de produtos e serviços é comum que informações prestadas pelos fornecedores sejam o instrumento mais importante de persuasão do consumidor. São alegações ou apresentações (ou omissões) referentes a todos os aspectos imagináveis daquilo que se oferece, abrangendo, não raras vezes, produtos e serviços estranhos à operação de consumo propriamente dita (prêmios, p. ex.).

Em tal contexto, são imensas as oportunidades para utilização de informações falsas ou ambíguas, as duas facetas da enganiosidade, assim como de informações abusivas. Daí que, especialmente como consequência da enganiosidade, o consumidor acaba por

adquirir “gato por lebre”, ou seja, contratando quando, se estivesse bem informado, não o faria. Não são poucos nem ocasionais os prejuízos sofridos pelos consumidores.

É certo que, agora com as inovações trazidas pelo CDC, o consumidor pode sempre buscar a reparação civil para eventuais danos que o *marketing* lhe cause,²⁷ mas, por diversas razões (morosidade e onerosidade da prestação jurisdicional agregadas à difusidade e ao normalmente pequeno valor econômico do prejuízo), dificilmente o faz.

A certeza de impunidade dos crimes de consumo representa um grande incentivo à manutenção das práticas irregulares e até à sua generalização no mercado. Ao criminoso econômico não interessa ou não é conveniente a violação da norma com a prática de crimes tradicionalmente considerados “bárbaros” ou “de grande poder ofensivo”, como, p. ex., o homicídio. Ao contrário, o infrator econômico prefere atentar contra a ordem pública através dos chamados “crimes do colarinho branco”, praticando-os aos milhares, convicto de que nada lhe acontecerá.

A agregação de pequenos ganhos ilícitos, auferidos mediante práticas mercadológicas nefastas à saúde do mercado, implica grandes lucros para o violador, caracterizando, ademais, tremendo estímulo econômico à continuidade delitiva e à utilização geral da prática criminosa por outros agentes econômicos.²⁸

27. CDC, art. 35.

28. “Apesar do pequeno valor perdido pelo indivíduo, se um conjunto de pessoas for enganado e sofrer prejuízos, o fornecedor pode receber, no contexto geral, um considerável — embora injusto — lucro” (Stephenson, Graham, *The Criminal Law and Consumer Protection*, Ashford, Barry Rose Publishers Ltd., 1982, p. 1).

21. Oferta ou informação.

22. CDC, art. 66.

23. CDC, art. 67.

24. Oferta ou informação.

25. Por um lapso do legislador, sem previsão no CDC.

26. CDC, arts. 67 e 68.

4. Crimes de inadequação da oferta não-publicitária (art. 66)

Nos termos do art. 66, constitui crime “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”.

Este dispositivo cuida de *marketing* (oferta ou informação) não-publicitário enganoso.

Como se percebe, a enganosidade é, aqui, o elemento caracterizador da inadequação das informações integrantes da oferta não-publicitária.

Trata-se de crime de ação múltipla, ou seja, “aquele que se pode cometer com várias modalidades de condutas, algumas comissivas, outras omissivas”.²⁹

O art. 66 é, de certa maneira, reflexo do art. 31.³⁰ Basicamente, impõe-se a todo tipo de informação publicitária, ou seja, aquela veiculada através de mídia (rádio, televisão, revistas, jornais, *outdoors*, catálogos).³¹ Em outras palavras, aplica-se à oferta não-publicitária.³²

Diversamente, o *marketing* (oferta ou informação) publicitário vem regrado,

29. Pimentel, Manoel Pedro “Aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor”, in RT 661/252.

30. No mesmo sentido, Zanellato, Marco Antonio “Apontamentos sobre os crimes contra as relações de consumo e contra a economia popular”, in *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência, Civil e Criminal*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, n. 5, p. 37.

31. Já que para esta há tipos penais específicos (arts. 67, 68 e 69).

32. Como veremos mais adiante, as “promoções de venda” (prêmios, coupons, sorteios, etc.), embora não sejam, em técnica de *marketing*, publicidade, foram a estas equiparadas pelo legislador criminal. Seu regramento, portanto, está nos arts. 67, 68 e 69.

quanto à sua repercussão penal, nos arts. 67, 68 e 69 e, na esfera cível, diretamente, nos arts. 36 a 38.³³

Como assinalado, integram o art. 66, dentre outras, informações “de balcão”, assim como as constantes de rótulos, bulas, termos de garantia, notas fiscais, cartas endereçadas aos consumidores, manuais de instrução e instrumentos contratuais.

Já as promoções de vendas (selos de troca, coupons, exposições e amostras), como notado anteriormente, na medida em que fazem uso de técnicas muito semelhantes à publicidade e têm os mesmos objetivos (aumentar o potencial de venda do produto ou serviço), a esta se equiparam para fins de controle penal.

Em síntese, o art. 66 é residual no cotejo com os arts. 67, 68 e 69. Para fins de repressão penal da enganosidade e da abusividade, tudo o que não for considerado *marketing* publicitário encaixa-se no art. 66.

4.1 Objetividade jurídica

O art. 66 protege, a um só tempo, a relação de consumo sanitária (“segurança” de produtos e serviços) e a relação de consumo econômica (“natureza”, “característica”, “qualidade”, “quantidade”, “desempenho”, “durabilidade”, “preço” e “garantia”).

Se em decorrência da oferta inadequada ocorrer dano à vida ou integridade do consumidor, ou mesmo ao seu patrimônio, outros tipos penais de consumo impróprios³⁴ podem ser aplicados em concurso (p. ex., os arts. 129 e 121 do CP).

33. Além, evidentemente, do art. 35, embora este aplique-se, igualmente, à oferta não-publicitária.

34. A esse respeito, consulte-se nossos arts. cit. pub. na *Revista de Direito do Consumidor* (vs. 1.º e 3.º).

4.2 Sujeito ativo

São múltiplos os sujeitos ativos. Não só o fabricante do produto ou serviço que põe a etiqueta ou informação inadequada, mas, igualmente, todos aqueles que, conhecendo sua desconformidade, a produzem e utilizam.

O comerciante (atacadista ou varejista) e seus prepostos que fizerem oferta falsa ou ambígua, oralmente ou através de seus próprios impressos,³⁵ ou ainda aqueles que omitem informação relevante, também são sujeitos ativos do delito.

De qualquer maneira, o responsável ou proprietário do estabelecimento ou qualquer outro que "patrocine" a oferta, é co-responsável (art. 66, § 1.º). Patrocinar aqui quer significar dar condições materiais ou econômicas, permitir, comissiva ou omissivamente, que a oferta desconforme seja feita ou chegue ao consumidor. "Patrocinar a oferta tem a significação de favorecer, beneficiar, auxiliar, amparar do ponto de vista financeiro aquele que oferta o produto ou serviço, de sorte a viabilizar essa mesma oferta. O patrocinador subsidia a oferta, o que se dá, normalmente, quando o fornecedor não pode arcar com os custos decorrentes da colocação do produto ou serviço à disposição do público consumidor".³⁶

4.3 Sujeito passivo

Sujeito passivo é a coletividade de consumidores.

4.4 Tipo objetivo

Conforme já mencionamos, o art. 66 aplica-se a toda informação não-publicitária sobre produtos ou serviços. O legislador penal, para evitar problemas de interpretação que ocorrem no direito

estrangeiro, resolveu criminalizar, em tipos separados, a informação publicitária enganosa (art. 67) e a informação não-publicitária enganosa (art. 66), participação esta que, não obstante o art. 31, não ficou bem formulada na parte cível do CDC.

Há, no cotejo entre os arts. 66 e 67, um certo *bis in idem* tipológico em relação à oferta enganosa por omissão sobre a segurança do produto e serviço.

No art. 66, são três as condutas reprimidas, duas comissivas e uma omissiva: a) fazer afirmação falsa; b) fazer afirmação enganosa *stricto sensu* (ambigüidade); c) omitir informação relevante.

Não há novidade completa no dispositivo em questão. O CC, de uma forma ou de outra, sanciona, na teoria dos vícios de consentimento, as fraturas informativas. Do mesmo modo, o CP tipifica certas condutas desvios informativos.³⁷

De novo há, aqui, o tratamento penal específico da relação de consumo, vista como tal. A regra "o consumidor que se informe" — *caveat emptor* — é absolutamente abandonada pelo CDC e, mais, a sua utilização é punida criminalmente.

O legislador reconheceu que proteger o consumidor contra as informações desconformes é uma necessidade, mas não é suficiente para obrigar "o fornecedor a entregar ao consumidor as informações positivas que necessita para esclarecer sua escolha e produzir um consentimento livre".³⁸ É por isso que o CDC sanciona, ao lado da informação inadequada, também a informação desconforme por omissão, ou seja, a ausência de informação. Cria-se, aí, então, uma genuína "obrigação geral penal de informar".

Como veremos ao analisarmos o crime de publicidade enganosa (art. 67), a enganosidade *lato sensu* pode ser clas-

35. Stephenson, Granham, ob. cit., p. 3.

36. Zanellato, Marco Antonio, art. cit., p. 38.

37. É o caso, p. ex., do crime de estelionato (CP, art. 171).

38. Bihl, Luc, ob. cit., p. 53.

sificada quanto ao seu conteúdo e quanto à sua forma de manifestação.

Informação falsa é aquela que se mostra desconforme com a realidade dos fatos.

Diversamente, a enganiosidade *stricto sensu* (ambigüidade) decorre mais da apreciação que o consumidor dá à informação ofertada pelo fornecedor. Uma informação literalmente verdadeira pode ser considerada enganosa.³⁹

O silêncio do fornecedor, por seu turno, foi equiparado pelo legislador a uma alegação. Veja-se o caso do revendedor de automóveis que deixa de informar ao consumidor que o marcador de quilometragem, pelo estado do veículo ou pela sua idade, deve ter sido desligado em algum período de sua utilização. Seu silêncio, *in casu*, em face da especialização do seu conhecimento e a profissionalidade de sua atividade, equivale, aos olhos do consumidor, a uma afirmação (positiva) de adequação do produto.

A omissão punível é apenas aquela referente às informações relevantes, critério este adotado igualmente para a publicidade enganosa por omissão (arts. 37, § 3.º, e 67), embora sob a formulação de “essencialidade” do elemento informativo. E, entre estas, só aquelas pertinentes à natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia dos bens de consumo.

A relevância é avaliada não em relação ao que o fornecedor assim entende, mas em função da expectativa legítima do consumidor. É sempre apreciada caso a caso.

Tanto na hipótese do art. 66 (*marketing* não-publicitário), como na do art. 67 (*marketing* publicitário), enganiosidade pode dizer respeito a qualquer dado,

direto ou indireto, do produto ou serviço (exceção feita à omissão, onde só os dados “relevantes” são exigíveis). A regra instituída pelo CDC é a de que “só digo a verdade, a pura verdade, nada mais que a verdade”. O legislador, em termos de informações positivas (não as omissivas), afastou, por inteiro, o princípio de *minimis non curat lex*, isto é, a regra de que o direito não se preocupa com desvios menores.

É certo que o art. 66 refere-se, diretamente, à “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia”, expressões estas que, vistas apressadamente, poderiam levar à conclusão de que se está diante de enumeração ou exemplificação taxativas.⁴⁰ Todavia, tratam-se de elementos normativos do tipo tão amplos e flexíveis que tudo que se fale sobre um produto ou serviço se encaixa em uma dessas categorias e se presta, portanto, à tipificação do crime.

Deixando de lado os dois termos mais amplos de todos — “característica” e “qualidade” —, basta que se dê, como exemplo, o elemento “quantidade”. Nele se inclui comprimento, largura, altura, área, volume, capacidade, peso, medida e número.⁴¹

Ainda exemplificativamente, encaixam-se no art. 66 informações sobre tamanho, peso, volume, área, dimensão e número (quantidade); sobre métodos de fabricação, produção, processamento ou acondicionamento (“caseiro”); sobre composição (“cerejeira”), destinação especial (“para a praia”) *performance* (“à prova d’água” ou “não amarrota”), comportamento, estado (“0 km” ou “semi-novo”) ou precisão; sobre ingredientes, condi-

40. Pimentel, Manoel Pedro, art. cit., p. 253.

39. Para uma distinção esmiuçada entre informação falsa e informação enganosa, consulte-se o nosso *Código Brasileiro...* cit., pp. 200 e ss.

41. É sistema idêntico ao *Trade Descriptions Act 1968* inglês, art. 2 (3), segundo o qual o vocábulo quantidade aplica-se a “length, width, height, area, volume, capacity, weight and number”.

mentos e constituintes ("sem açúcar"); sobre eventuais testes ("aprovado pelo IPT") ou preferência de outras pessoas (celebridades, p. ex.), assim como sobre prazo de validade, data ou local de fabricação, produção, processamento ou recondicionamento; sobre a identidade do fornecedor; sobre dados históricos do produto ou serviço ("sobras do verão"), incluindo proprietários anteriores.

Sua consumação independe de dano real ou efetivo erro do consumidor. O crime é de perigo abstrato e consuma-se com a mera afirmação ou omissão.⁴² Depende, todavia, da exposição de consumidores. Sem o oferecimento efetivo pode haver crime tentado mas não consumado. É o critério da exposição (art. 29). Mas basta a exposição a meros consumidores potenciais, mesmo que estes, no momento da exibição, atuem em outra condição (até como profissionais).

Havendo *mise en scène* individualizada, assim como vantagem ilícita e prejuízo alheio, é possível a caracterização de estelionato,⁴³ sempre em concurso.⁴⁴

No tocante à garantia contratual, ao lado do delito específico do art. 74 que cuida da não entrega do termo ou de seu preenchimento inadequado, aplica-se o art. 66 sempre que as informações prestadas através do termo, embalagens ou outros documentos forem falsas ou ambíguas. Assim, p. ex., quando o fabricante informa, no termo, que certos componentes do produto "não têm garan-

tia", deixando de alertar o consumidor sobre a garantia legal fixada pelo art. 24.⁴⁵

4.5 Tipo subjetivo

As condutas são puníveis quando praticadas com dolo (art. 66, *caput*) ou mesmo com culpa (art. 66, § 2.º). Andou bem⁴⁶ o CDC ao criminalizar as ofertas

45. Igual solução é dada pelo direito inglês. Em 1973, o Parlamento promulgou o *Supply of Goods (Implied Terms) Act* que proibia a utilização de cláusulas de exclusão de responsabilidade pelas garantias implícitas decorrentes do *Sale of Goods Act*. Os benefícios resultantes dessa proibição no plano cível foram, contudo, decepcionantes. Os fornecedores continuaram a fazer largo uso da exclusão, não obstante a vedação e nulidade legais. Os maiores prejudicados eram exatamente os consumidores menos instruídos, levados a acreditar nas cláusulas contratuais fixadas pelos fornecedores, desconhecendo o fato de que tal direito era indisponível. Para resolver a questão, pediu-se auxílio ao direito penal. A *Consumer Transactions (Restrictions on Statements) Order*, promulgada com base no *Fair Trading Act*, de 1973, tipificou como ilícito penal o uso de sinais ou advertências que objetivassem retirar dos consumidores o direito inalienável à garantia (Sobre a matéria, v. Bone, S. J. e Rutherford, L. A., "Offenses against the consumer?" In *The Journal of Criminal Law*, v. 48, parte 2.ª, Maio de 1984, pp. 191-193).

46. Pimentel, Manoel Pedro, art. cit., p. 251.

Para o saudoso professor, a modalidade "fazer afirmação falsa ou enganosa", na qual o dolo é essencial, não admite "a forma culposa, uma vez que ninguém faz uma afirmação falsa ou enganosa, por imprudência, negligência ou imperícia. O *crimen falsum*, pela sua própria definição, requisita a consciência da falsidade ou do engano".

A concepção do grande mestre, *data venia*, acha-se absolutamente superada no direito comparado que, realmente, há muitos anos atrás, adotou. Hoje, ao contrário, o *dolus bonus* não mais é elemento liberador do fornecedor que faz oferta enganosa.

Incontáveis são os casos em que a informação enganosa é passada (ou omitida) culposa-

42. No mesmo sentido, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro ... cit.*, p. 443; segundo Marco Antonio Zanellato, "Para sua consumação basta que, na oferta, seja feita afirmação falsa ou enganosa sobre o produto ou serviço, ou que seja omitida informação relevante quanto a algum dos aspectos previstos no tipo. Prescinde-se, pois, de dano decorrente daquela conduta comissiva ou omissiva" (Zanellato, Marco Antonio, art. cit., p. 38).

43. CP, art. 171.

44. CDC, art. 61.

cujas enganósidade decorre da negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor. Assim, quando este, p. ex., sem qualquer cuidado em se certificar, afirmar que seu produto é o mais barato do mercado, viola o art. 66, § 2.º.

Aqui o legislador, ao contrário do que fez com a publicidade enganosa e abusiva, preferiu não igualar a sanção para as condutas dolosas e culposas, distinguindo-as claramente (detenção de três meses a um ano e multa, no caso de dolo, e detenção de um a seis meses ou multa, na hipótese de culpa).

5. Inadequação da oferta publicitária: crimes de publicidade enganosa e abusiva (arts. 67 e 68)

O direito privado rege os pequenos e grandes fatos do cotidiano humano. O direito penal, diversamente, só é chamado quando a dimensão do bem jurídico tutelado, a danosidade social da ação ou a multiplicidade de vítimas justificam sua intervenção. O controle penal da publicidade legitima-se, a um só tempo, pelos três critérios.

Por primeiro, a publicidade afeta, frontalmente, a relação jurídica consumidor-fornecedor, podendo, conforme sua forma e conteúdo, a maculá-la ou aperfeiçoá-la. Ainda nesse sentido, é oportuno relembrar que tal relação está na base da própria sociedade de consumo e, assim sendo, é bem jurídico de importância fundamental. Aliás, como muito bem observa Maria Elizabete Vilaça Lopes, “não há sociedade de consumo sem publicidade”.⁴⁷ Ademais, os desvios publicitários são de alta social

mente. O fornecedor informa o consumidor com dados enganosos que, não fora sua falta de diligência, poderia muito bem conhecer sua desconformidade com a realidade dos fatos.

47. Lopes, Maria Elizabete Vilaça, “O consumidor e a publicidade” in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1.º, jan-abr de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/RT, p. 151.

danosidade, muitas vezes causando prejuízos à saúde e segurança do consumidor. Finalmente, as desconformidades da publicidade — por ser este instrumento de atuação coletiva — são subjetivamente multiofensivas. Atinge-se sempre a totalidade do mercado, mesmo quando o prejuízo material e direto atinge uma só pessoa. Ou seja, inexiste, nesse campo, ofensa a uma vítima só.

A relação de consumo, em seu prisma publicitário, deve ser, inicialmente, garantida pelo direito privado.⁴⁸ Num segundo plano aplica-se o direito administrativo.⁴⁹ Mas cabe ao direito penal, “último bastião defensivo”,⁵⁰ socorrer este bem jurídico de enorme repercussão social.

A publicidade, de uma maneira geral, como fenômeno intrínseco à sociedade de consumo, é benéfica ao consumidor. É através dela que este toma conhecimento de novos produtos e serviços; é a publicidade que permite ao consumidor comparar preços e qualidades dos bens de consumo.

Podemos classificar a publicidade em duas grandes categorias: a lícita e a ilícita. Esta, por sua vez, pela ótica do direito do consumidor,⁵¹ pode ser enganosa ou abusiva. A enganosa ora é comissiva, ora é omissiva.

Esquemáticamente, temos o seguinte:

Publicidade	a. lícita	
	b. ilícita	b.1.1 comissiva
		b.1.2 omissiva
	b.2 abusiva	

48. É o que ocorre, p. ex., com a previsão do princípio da vinculação da mensagem publicitária (CDC, arts. 30 e 35), bem como com a contrapropaganda judicial.

49. Assim com a contrapropaganda administrativamente imposta (CDC, arts. 56, inc. XII, e 60).

50. Lopez, Manuel Santaella, *El Delito Publicitario*, Madrid, Reus, S.A., 1981, p. 49.

51. Há outra modalidade de publicidade ilícita que não interessa, diretamente, ao direito do consumidor: a publicidade desleal.

A publicidade lícita é definida por exclusão: tudo o que não for considerado ilícito, é publicidade lícita.

A publicidade ilícita sofre regramento civil, administrativo e penal. Aqui só cuidaremos deste último.

Na repressão penal das desconformidades do *marketing* ou oferta, como vimos salientando, o legislador separou a informação publicitária da não-publicitária.

Na tipologia repressiva, já assinalamos, a oferta publicitária inclui as promoções de vendas (coupons, sorteios, brindes, etc.), embora, tecnicamente, em *marketing*, os conceitos possam ser apartados. Todavia, o legislador preferiu não distingui-los, levando em conta que ambos os fenômenos têm a mesma *ratio*, sendo um e outro técnicas de persuasão sofisticada. Em outras palavras, o regime penal optou pela “noção vulgar” da matéria em que os dois temas se confundem.

O CDC traz quatro delitos diretamente relacionados com o fenômeno publicitário: crime de publicidade enganosa, crime de publicidade abusiva, crime de publicidade capaz de induzir comportamentos perigosos e crime de omissão de fundamentação da publicidade.⁵²

5.1 Crime de publicidade enganosa

O CDC, expressamente capitula como crime “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa” (art. 67).

Como muito bem ensina Manoel Pedro Pimentel, “inegável a importância desta incriminação, de há muito reclamada, para a proteção dos direitos e dos interesses do consumidor”.⁵³ Muitas vezes representa a publicidade o único canal de comunicação entre o fornecedor e o

consumidor. A “publicidade, em última análise, é informação, e, enquanto tal, deve atender ao disposto no art. 6.º, III, do CDC, que consagra o chamado princípio da veracidade”.⁵⁴

O legislador brasileiro, na elaboração do CDC, deu à publicidade a relevância que ela, de fato, tem na vida do mercado. E assim o fazendo, inovou, já que, no sistema anterior, praticamente não havia controle efetivo da publicidade enganosa e, muito menos, da abusiva.⁵⁵

Não imaginemos que o mercado publicitário seja um santuário de desonestos.⁵⁶ A maior parte das campanhas publicitárias é realizada com anúncios lícitos. Mas é inegável que “certos anunciantes pouco escrupulosos deformam suficientemente a verdade ao ponto em que se faz necessário reprimir o abuso”.⁵⁷ Já que o “afã de salientar as qualidades do produto pode levar a distorções, para as quais o legislador tem de voltar sua atenção”,⁵⁸ não podia o CDC omitir-se no regramento integral das desconformidades publicitárias. E não nos iludamos: a publicidade enganosa é altamente lucrativa. Lucro ilícito às custas do consumidor e dos concorrentes, desagregador do mercado.

54. Alvim, Eduardo Arruda, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, RT, 1991, p. 144.

55. “A grande novidade do Código, no âmbito penal, é, sem dúvida, a criminalização da publicidade enganosa” (Zanellato, Marco Antonio, art. cit., p. 36).

56. Ao contrário, conforme estudo concreto de anúncios brasileiros premiados que realizei e apresentei, em 6.3.91, no seminário “O Marketing Por Dentro do código de Defesa do Consumidor”, promovido pelo IDEC, poucos foram os que enfrentaram problemas com o CDC.

57. Divier, Pierre-François, *50 Cas de Publicité Mensongère*, Paris, Librairies Techniques, 1978, p. 1.

58. Lopes, Maria Elizabete Vilaça, art. cit., p. 152.

52. Por igual, consulte-se Lopes, Maria Elizabete Vilaça, art. cit., p. 179.

53. Pimentel, Manoel Pedro, art. cit., p. 253.

A enganiosidade publicitária — assim como toda e qualquer deformidade de mercado — pode ser analisada por três ângulos distintos mas extremamente interligados: o civil (eminentemente reparatório), o administrativo (eminentemente repressivo) e o penal (eminentemente repressivo). No tratamento criminal da publicidade enganosa pode-se repetir quase tudo o que se diz quando do seu estudo na esfera cível.⁵⁹

Em primeiro lugar, o juízo de enganiosidade independe da existência de dano real sofrido por consumidores individualizados. O crime, como veremos, é de perigo abstrato. Nos termos do conceito estatuído pelo próprio Código (art. 37) e que orienta o tipo penal do art. 67 é enganosa a publicidade falsa ou a que seja capaz de induzir em erro o consumidor. Bem se percebe que o juízo é meramente potencial e não real. É uma avaliação de enganiosidade e não de enganos concretos.⁶⁰

Nesse sentido, o juiz perguntará: este anúncio é capaz de induzir em erro o consumidor? Não perguntará: este anúncio, de fato, induziu em erro um ou vários consumidores? Daí que “o erro real, consumado, é um mero exaurimento que, para fins da caracterização da enganiosidade, é irrelevante”.⁶¹ Em outras palavras, o Ministério Público, como *dominus litis*, não precisa, em tais casos,

fazer prova da existência de enganos ocorridos efetivamente. Basta, *in casu*, que o juiz estime que a publicidade, pelas suas alegações, indicações ou apresentações, possuía a natureza de induzir em erro seus destinatários.⁶²

Ademais, o juízo de enganiosidade levará em conta, além das informações falsas propriamente ditas, outras que sejam ambíguas e até aquelas que, embora sendo literalmente verdadeiras, emanem um entendimento global — a impressão total — capaz de induzir em erro o consumidor.

Em terceiro lugar, a enganiosidade é apreciada tanto no seu contexto positivo (o que foi dito ou apresentado) como, também, com a mesma ênfase, na sua conotação negativa (o que deixou de ser dito, mostrado ou informado). A simples omissão de um dado na publicidade — desde que essencial⁶³ — pode ser capaz de induzir em erro o consumidor. Ou seja, em sede publicitária, o mero silêncio é sancionado. Naquela hipótese caracteriza-se a publicidade enganosa comissiva. Nesta, a publicidade enganosa omissiva.

Finalmente, o juízo de enganiosidade — assim como outros elementos normativos do tipo — é variável, na mesma proporção da heterogeneidade dos destinatários da mensagem publicitária. Sabe-

É “irrelevante”, diga-se, para fins de consumação dos delitos dos arts. 66 e 67, mas não o é para a aplicação de outros dispositivos penais.

Se consumidores individualizados forem, concretamente, enganados, a infração será a do art. 7.º, inc. VII, da Lei n. 8.137/90, crime de resultado e mais severamente apenado (“Art. 7.º. Constitui crime contra as relações de consumo: VII — induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade, bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”).

62. Bihl, Luc, ob. cit., p. 43.

63. CDC, art. 37, § 3.º.

59. Para uma análise mais ampla da publicidade, tanto no aspecto de sua criação como no seu tratamento cível, confira-se nosso *Código Brasileiro...* cit., pp. 165-218.

60. Conforme nota José Geraldo Brito Filomeno, “pouco importa que tenha havido “induzimento” ou não do consumidor em erro, mesmo porque em se tratando de publicidade abusiva e enganosa o que se tem em conta é a potencialidade ou perigo de dano, *in abstracto* de uma coletividade de consumidores difusamente considerados” (*Código Brasileiro...* cit., p. 444).

61. Benjamin, Antonio Herman V., *Código Brasileiro...* cit., p. 197.

se que “uma mesma publicidade produz efeitos diferentes sobre pessoas diferentes”.⁶⁴

Neste último sentido, cabe ressaltar que a capacidade de enganar é apreciada *in concreto*, caso a caso, conforme o público (*target real*) que afeta. Não é cabível, como regra, um juízo *in abstracto*, que se alicerce em um hipotético *homo medius* nacional (consumidor brasileiro médio) baseado na figura do “bom pai de família” (*bon pere de famille*), imagem esta inexistente no mercado de consumo, mais ainda num país heterogêneo como o Brasil. Certas categorias de consumidores (crianças e idosos, p. ex.) são particularmente vulneráveis e o julgamento da enganiosidade não pode desconhecer tal realidade. Uma publicidade dirigida às crianças, embora atingindo um número substancial de adultos, não pode ser analisada tomando-se como parâmetro estes últimos. E, reconheçamos, “um dos objetivos do direito penal é justamente proteger as pessoas particularmente frágeis”.⁶⁵

Uma solução de compatibilização entre os critérios *in abstracto* e *in concreto* seria a adoção daquele sempre que a publicidade fosse dirigida ao público em geral e deste naquelas hipóteses de um alvo particular, determinado, como as crianças⁶⁶ ou consumidores com conhecimento especializado em uma certa matéria (computadores, p. ex.).

5.1.1 Objetividade jurídica

A publicidade enganosa fere a relação de consumo em seus aspectos. Quando a enganiosidade relaciona-se com “segurança”, atingida é a relação de consumo sanitária. Mas quando se refere, p. ex., à “durabilidade”, “preço” ou

“garantia” é a relação de consumo econômica a afetada.

Em outros casos, tanto uma como outra podem ser atingidas. Assim, no tocante às “características” do produto ou serviço, tanto a relação de consumo sanitária como a econômica são passíveis de violação. Se o anunciante diz que uma das características de seu produto é a capacidade de curar o câncer, a enganiosidade viola o aspecto sanitário. Diversamente, se afirmar que a principal característica de seu serviço de *buffet* é contar com a participação de atores famosos, a enganiosidade viola a relação de consumo econômica.

Só reflexamente são tutelados a integridade física e a saúde do consumidor, assim como seu patrimônio. Pelo princípio da autonomia do bem jurídico, informador dos crimes de consumo próprios,⁶⁷ a proteção é sempre em favor da relação jurídica de consumo, como bem imaterial.

5.1.2 Sujeito ativo

O ato de publicidade tem três sujeitos: o anunciante, a agência e o veículo, este último também chamado de meio ou suporte.⁶⁸

O responsável principal, embora não exclusivo, é o anunciante,⁶⁹ já que a aprovação final do anúncio é sua.⁷⁰ O

67. Repetindo, sobre o tema de crime de consumo próprio, veja-se o nosso artigo *Direito penal do consumidor...* cit., pp. 103 e ss.

68. Lopes, Maria Elizabete Vilaça art. cit., p. 155.

69. A solução proposta por João Batista de Almeida é diversa: sujeito ativo são “os profissionais que cuidam da criação e produção de publicidade e os responsáveis pela sua veiculação nos meios de comunicação” (*A Proteção Jurídica do Consumidor*, Dissertação apresentada na Universidade de Brasília, Brasília, 1991, p. 237).

70. É o caminho do art. 44, II, 7, da Lei francesa de 27.12.73. Os tribunais franceses

64. Mayer, Danièle, *Droit Pénal de la Publicité*, Paris, Masson, 1979, p. 79.

65. Bihl, Luc, ob. cit., p. 44.

66. Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 609.

direito cria, em relação ao anunciante, uma obrigação de vigilância, cabendo-lhe controlar, “antes de sua difusão, todo o conteúdo da publicidade, na medida em que é ele o melhor posicionado para fazê-lo”.⁷¹

Se é correto que existem fortes razões para, em diversos casos, responsabilizar o anunciante, a *persecutio* pode se dar, igualmente, em relação a outras pessoas que intervêm no processo publicitário.⁷² De uma maneira geral, todos aqueles que concorrem para a publicidade enganosa por ela respondem.⁷³ Como especialistas

têm se “mostrado severos na apreciação das obrigações profissionais do anunciante” (Mayer, Danièle, ob. cit., p. 96).

71. Mayer, Danièle, ob. cit., p. 96.

72. Interessante a posição de Paulo José da Costa Jr. para quem, no art. 67, “os sujeitos agentes do crime são o publicitário que faz a publicidade enganosa ou abusiva, bem como o responsável pelo veículo, que a promove. O fornecedor que fizer uma afirmação falsa ou enganosa estará incurso no art. 66” (Costa Jr., Paulo José da, ob. cit., p. 236).

Histórica e sistematicamente, não nos parece seja esta a melhor interpretação dos dois dispositivos.

O tipo do art. 66 cuida de informação desconforme de caráter não-publicitário, como, p. ex., aquela constante das bulas e rótulos dos produtos ou dos instrumentos contratuais. Já no art. 67 temos o sancionamento das desconformidades da informação verdadeiramente publicitária. De qualquer modo, a adoção de uma ou outra solução não traz maiores prejuízos a nível da sanção penal, uma vez que ambas condutas dolosas são apenadas com detenção de três meses a um ano e multa.

73. Trib. corr. Paris, 25.2.77.

Para Eduardo Arruda Alvim, são “possíveis sujeitos ativos especificamente os profissionais que façam (criem) ou promovam (veiculem)” a publicidade (ob. cit., p. 145).

Aliás, é o próprio CDC que assim o afirma: “Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas penas a esses cominadas, na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promo-

que são, exige-se dos profissionais envolvidos — notadamente dos publicitários, que têm por missão criar⁷⁴ e produzir os anúncios — precauções superiores às normais, que assegurem a veracidade e não abusividade de suas criações.

É por isso que os publicitários da agência também podem ser responsabilizados, notadamente quando se desviam do *briefing* fornecido pelo anunciante ou quando este, embora seguido à risca, é manifestamente enganoso (“a cura milagrosa da calvície”). Não há dúvida que a criação e produção do anúncio “é um requisito para o resultado final e concorre para o cometimento do delito”.⁷⁵

Em certos casos, é possível que só o publicitário, ou principalmente ele, venha a ser responsabilizado. Imagine-se que um determinado fornecedor entregue um *briefing* bem genérico à sua agência e lhe peça um anúncio que venda o seu produto. O filme é concluído em cima da hora para sua veiculação. Não havendo tempo para conseguir a autorização do anunciante, a agência, para não perder o espaço do veículo já contratado, nos termos da confiança que há entre ela e seu cliente antigo, veicula o anúncio enganoso. Dificilmente se pode, em tal caso, vislumbrar responsabilidade penal do fornecedor (anunciante).

Do mesmo modo, os profissionais do veículo (jornal, rádio, televisão, *outdoor*, revistas) podem ser sujeitos ativos do delito, em particular na hipótese de anúncio falso ou enganoso *prima facie*, isto é, grosseiramente enganoso.

ver, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

74. No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim (Ob. cit., p. 145).

75. Palmer, Frank, “Criminal liability of advertising agencies”, In *Manitoba Law Journal*, v. 7, n. 1, 1976, p. 59.

5.1.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo não é representado pelos consumidores que, acreditando no anúncio, efetuaram a compra (ou outro negócio jurídico, como a locação) por ele incitados. Os sujeitos passivos, ao contrário, são todos os consumidores expostos⁷⁶ à mensagem publicitária.⁷⁷

Cuida-se, pois, de crime que atinge uma esfera subjetiva tipicamente "difusa".⁷⁸

Como já fizemos referência, se consumidores individualizados forem, de fato, enganados, haverá infração ao art. 7.º, VII, da Lei n. 8.137/90.⁷⁹ Isso porque, ao contrário do delito do CDC, este último é crime de resultado.⁸⁰

5.1.4 Tipo objetivo

No art. 67, o legislador sanciona a publicidade enganosa. Não a define, todavia. Conta ela, porém, com disposição integradora.

Trata-se, então, de norma penal em branco em sentido lato ou amplo,⁸¹ ou

76. Decorrencia do conceito legal de consumidor específico para as práticas comerciais: "Para os fins deste Cap. e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (CDC, art. 29).

77. Com sentido próximo ao nosso, embora não inteiramente coincidente, a melhor doutrina tem afirmado que o sujeito passivo, *in casu*, é "o consumidor difusamente considerado e aquele exposto diretamente à publicidade enganosa ou abusiva" (confira-se Almeida, João Batista, ob. cit., p. 237). Na mesma linha, para Eduardo Arruda Alvim, "sujeito passivo será a coletividade e, mediamente, o Estado", ob. cit., p. 145).

78. Lopez, Manuel Santaella, ob. cit., p. 123.

79. É, por igual, a opinião de Eduardo Arruda Alvim (ob. cit., p. 144).

80. Veja-se, no mesmo sentido Lopes, Maria Elizabete Vilaça, art. cit., p. 180.

81. Sobre o conceito e classificação das normas penais em branco, consulte-se Fragoso,

seja, determina-se a sanção mas o conteúdo da norma permanece indeterminado, genérico. Sua complementação, *in casu*, é efetuada pelo próprio CDC, só que com regra de natureza civil (art. 37).⁸² De qualquer modo, foi intenção do legislador, ciente de sua incapacidade de prever todas as situações de enganiosidade — assim como de abusividade —, "lançar mão de tipos um pouco mais flexíveis, de sorte a abarcar todas as prováveis hipóteses".⁸³

É crime formal.⁸⁴ A consumação se dá com a efetiva exposição⁸⁵ dos consumidores à mensagem publicitária.

A tentativa é possível,⁸⁶ particularmente quando o anúncio é abortado antes de sua veiculação ou antes da exposição propriamente dita. Por exemplo, o agente

Helena Cláudio, *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pp. 76-77; Jesus, Damásio Evangelista, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Saraiva, 1985, pp. 16 e ss.; Mirabete, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 50.

82. "Art. 37, § 1.º — É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços". E mais: "Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço" (§ 3.º).

83. Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro...* cit., p. 437.

84. Pimentel, Manoel Pedro, art. cit., p. 253. Concordando, Eduardo Arruda Alvim (ob. cit., p. 144).

85. CDC, art. 29.

86. Assim também pensa Eduardo Arruda Alvim (ob. cit., p. 144). Para José Geraldo Brito Filomeno, a tentativa só é admissível "quando da afirmação falsa ou enganosa ou então oferta nessas circunstâncias, e não na omissão" (*Código Brasileiro...* cit., p. 451).

entrega o filme ao veículo e, antes de ir ao ar, a veiculação é interdita.

São requisitos objetivos para a existência do crime de publicidade enganosa: a) o anúncio; b) a enganosidade.

5.1.4.1 O anúncio. Na caracterização do crime de publicidade enganosa, a primeira indagação a ser feita é: existe um anúncio? Ou, em outras palavras, a informação é de natureza publicitária?

A publicidade é o fenômeno; o anúncio, sua forma de manifestação. Em linguagem corriqueira, são termos fungíveis. De qualquer modo, não há publicidade sem anúncio. Daí que sendo enganoso o anúncio também o é a publicidade.

Tal qual sucede na França, o CDC, já vimos, não definiu publicidade, nem anúncio. O art. 67 fala apenas em “fazer ou promover *publicidade* que sabe ou deveria saber ser enganosa” (grifo nosso). Podemos, entretanto, dizer, com os olhos postos no direito francês, que publicidade é “todo procedimento que tem por objetivo solicitar a clientela”.⁸⁷

Na medida em que o CDC tem um outro tipo (art. 66), relativo à informação não-publicitária enganosa, semelhante ao que cuida da publicidade enganosa, somos obrigados a concluir que o “procedimento que tem por objetivo solicitar a clientela”, no caso brasileiro, há que ter dois requisitos básicos: a) ser de natureza profissional, isto é, criado e produzido por pessoas com conhecimento de *marketing*, em especial por uma agência de publicidade, seja interna (*home agency*, do próprio anunciante), seja externa. Outras modalidades de solicitação de clientela, sem tal intervenção qualificada, encaixam-se no

art. 66, notadamente os argumentos orais e contratuais de venda utilizados pelo vendedor de um estabelecimento comercial; b) não acompanhar, fisicamente, o produto ou serviço. Ou seja, veiculado por mídia ou por outro mecanismo que atinja ou incite, a um só tempo, uma multiplicidade de consumidores.⁸⁸ Em síntese, é o suporte que, fundamentalmente, distingue os crimes dos arts. 66 e 67.

Na parte penal, o legislador brasileiro fragmentou, de fato, o fenômeno do *marketing*, radicalizando a distinção que apenas esboçou no regramento civil entre publicidade propriamente dita e outras modalidades de oferta (arts. 31 e 37), como as embalagens, rótulos, bulas e os “argumentos de balcão”. Se no regramento privado, a noção de publicidade quase que se confunde com a de oferta, no tratamento repressivo, tal não ocorre.

5.1.4.2 A enganosidade. Podemos classificar a enganosidade *lato sensu* de duas maneiras: quanto ao seu conteúdo e quanto à sua forma de manifestação.

5.1.4.2.1 A enganosidade quanto ao seu conteúdo. A enganosidade, quanto ao seu conteúdo, aparece de duas formas:⁸⁹ a) por uma falsidade, total ou parcial; b) por uma ambigüidade.

Assim, com base nesta bifurcação da enganosidade, chegamos ao seguinte modelo teórico:

Publicidade Enganosa	a) falsa
	b) ambígua ⁹⁰

88. É o caso das promoções de venda, que, embora nem sempre utilizem a mídia, têm, inegavelmente um caráter “massificante”, muito distinto das informações de balcão, espécie típica de informação não-publicitária.

89. CDC, art. 37; confira-se, também, Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 608.

90. Ou enganosa *stricto sensu*.

87. Mayer, Danièle, ob. cit., p. 77.

É por isso mesmo que, no conceito de publicidade, também estão incluídas, para fins de repressão penal, as promoções de venda (coupons, sorteios, prêmios, etc.). Em outras palavras, promoção de venda, no tipo do art. 67, é anúncio.

Já analisamos a falsidade quando do estudo do crime do art. 66. Decorre ela, como dissemos, de dados intrinsecamente inexatos,⁹¹ contrários à verdade. Tem um caráter objetivo, daí a facilidade de sua apreciação,⁹² ao contrário do que sucede com a ambigüidade. Afirma-se algo que não é: um pasteleiro que anuncia “pastelaria fresca, fabricada à sua frente” e entrega bolo preparado há dias; o salsicheiro que apresenta seu produto como sendo fabricado “à moda antiga”, apesar de sê-lo de maneira industrial.⁹³ Um produto garantido sem corante (que é colorido artificialmente⁹⁴), ou produtos para emagrecer (que não emagrecem), impedir a queda dos cabelos (que não impedem) ou creme para “aumentar o volume dos seios” (que não aumentam).⁹⁵

Na ambigüidade,⁹⁶ diversamente, inexistente a falsidade, mas o conjunto da mensagem leva o consumidor a se equivocar sobre o real sentido e conteúdo do anúncio, ou como afirma o art. 37, § 1.º, é “capaz de induzir em erro o consumidor”.⁹⁷

A ambigüidade não tem vícios manifestos, mas, mesmo assim, faz com que o consumidor creia em algo que não é real ou verdadeiro. Seu reconhecimento, ao revés do que sucede com a mera falsidade (juízo objetivo), exige do aplicador “uma pesquisa psicológica da

impressão suscetível de ser provocada no espírito do público”.⁹⁸ A publicidade ambígua, capaz de induzir o consumidor em erro, é uma categoria intermediária entre a publicidade falsa e a publicidade lícita.⁹⁹

A enganabilidade publicitária, diferentemente da enganabilidade não-publicitária (art. 66), pode dizer respeito a “quaisquer dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1.º).¹⁰⁰ Entre tais dados cabe mencionar a natureza, as características, a qualidade, a quantidade, as propriedades, a origem e o preço dos bens de consumo.

5.1.4.2.2 A enganabilidade quanto à sua forma de manifestação. Já mencionamos que, quanto à sua forma de manifestação, a enganabilidade pode se apresentar de duas maneiras:

Enganabilidade	{	a) comissiva
		b) omissiva

Na enganabilidade comissiva, o induzimento em erro se dá como consequência de algo que é dito ou insinuado pelo agente.

Diversamente, na enganabilidade por omissão é o que falta, é o que não é dito, é o que vem omitido que induz o consumidor em erro.

Na medida em que é impossível, particularmente em publicidade por rádio e televisão, se dizer tudo sobre um produto ou serviço, a enganabilidade por omissão tem um requisito legal que não se aplica à comissiva: o *dado essencial*.¹⁰¹

98. Delmas-Marty, Mireille. Ob. cit., p. 608.

99. Mayer, Danièle. Ob. cit., p. 79.

100. É também a opinião de Lopes, Maria Elizabete Vilaça, art. cit., p. 180.

101. “Art. 37, § 3.º — Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão, quando deixar de informar sobre *dado essencial* do produto ou serviço” (grifo nosso).

91. Dupont-Delestraint, Pierre, *Droit Pénal des Affaires et de Sociétés Commerciales*, 2.ª ed. Paris, Dalloz, 1980, p. 177.

92. Mayer, Danièle, ob. cit., p. 79.

93. Pradel, Jean, ob. cit., p. 64.

94. T. C. Tours, 22.4.1977, Lyon, 20.6.1977, inédit; Crim. 26.6.1978. Citados por Bihl, Luc. Ob. cit., p. 42.

95. Strasbourg, 27.4.1976 et 8.7.1976, inédits. Grasse, 30.1.1976, inédit; T. C. Grasse, 8.12.1979, inédit, todos citados por Bihl, Luc. ob. cit., p. 42.

96. Ou enganabilidade *stricto sensu*.

97. Dupont-Delestraint, Pierre, ob. cit., p. 177.

Não é, pois, toda omissão informativa que caracteriza a capacidade de indução em erro. Exige-se que a preterição seja de dado essencial, ou seja, aquele que tem condições de influenciar a decisão do consumidor. Não é um mero dado acidental, irrelevante, acessório ou conhecido de todos os consumidores. É o dado que, soubesse o consumidor da sua inexistência ou existência, não adquiriria o produto ou serviço.

Aqui, para ilustrar o conceito de dado essencial, podemos citar um exemplo de publicidade claramente enganosa por omissão, ocorrido ainda ao tempo em que o ordenamento brasileiro não previa sanção efetiva para os abusos publicitários, caso este que deixou, sem qualquer amparo, milhares de consumidores lesados. Há alguns anos atrás, a Phillips lançou o “primeiro televisor estéreo do país”. Deixou, entretanto, de informar aos consumidores que, naquele momento, inexistia sistema de transmissão estéreo no Brasil. Pior, mesmo que existisse, para que o aparelho pudesse, efetivamente, transmitir som estereofônico, haveria necessidade de aquisição, à parte, de um aparelho decodificador, ainda não disponível no mercado. O consumidor, em verdade, estava comprando um elefante branco e, o mais grave, pagando muito mais caro por isso.

5.1.4.2.3 Modos de transmissão da enganiosidade. A enganiosidade — tanto na informação publicitária quanto na não-publicitária¹⁰² — transmite-se por três formas básicas: a alegação (digo algo que não é), verdadeira “expressão verbal”,¹⁰³ a indicação e a apresentação, “expressão puramente gráfica ou sonora”.¹⁰⁴ Esta última é a mais sofisticada e complexa, sendo, essencialmente, sugestiva.¹⁰⁵

102. CDC, art. 66.

103 e 104. Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 607.

105. Mayer, Danièle, ob. cit., p. 78.

Na apresentação nada se diz ou afirma, mas se sugere, produzindo-se uma associação de idéias. É o caso do fornecedor que, na embalagem de seu biscoito, faz desenhar morangos, quando o produto contém apenas essência e não pedaços da fruta, ou, ainda, o fabricante de refrigerante que põe em seu rótulo uma laranja, sendo que o produto é total ou preponderantemente artificial.¹⁰⁶ Ou a capa de um disco que traz a fotografia de intérpretes famosos quando as peças são executadas por músicos desconhecidos.¹⁰⁷ Ou as belíssimas ilustrações que compõem os anúncios de lançamentos imobiliários, particularmente quando mostram fotos montadas ou que representam apenas a maquete (com aparência real) do futuro prédio.¹⁰⁸

Finalmente, a enganiosidade da apresentação pode resultar do tipo de caracteres tipográficos utilizados, mostrando a informação que interessa ao anunciante em letras grandes e aquilo que não lhe é conveniente em letras diminutas,¹⁰⁹ ou na lateral do anúncio.

Quanto ao suporte, a publicidade enganosa pode utilizar o rádio, a televisão, jornais, revistas, *outdoors*, catálogos, adesivos ou até seres humanos (as demonstrações de produtos p. ex.).

A enganiosidade, no art. 67, conforme já observado, não sofre, quanto aos dados a que se relaciona, os limites do art. 66,¹¹⁰ que se refere, expressamente, à “natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade,

106. Crim. 13.3.1979, J.C.P., éd. C.I. 1979, 13104, note Guinchard.

107. T. C. Paris, 4.4.1977, *Le Monde*, 6.4.1977.

108. Paris, 10.10.1976, citado por Bihl, Luc, ob. cit., p. 42.

109. Grenoble, 8.5.1978, *Colmar* 12.1.1982, C. A. 1982, n. 326. *Contra* Bordeaux 29.4.1981, J. C. P. 1982, II, 19763.

110. Limites estes que, como já observamos, são aparentes, diante da amplitude e elasticidade dos termos utilizados.

preço ou garantia". Por isso, qualquer elemento informativo relativo a produto ou serviço sobre o qual incida a enganiosidade se presta para a caracterização do crime de publicidade enganosa. Tal ampliação do âmbito de sancionamento da enganiosidade decorre da maior reprovabilidade social dirigida ao art. 67, oriunda do potencial danoso mais acentuado das condutas estritamente publicitárias.

Assim, apenas a título de exemplo, temos que a enganiosidade pode se relacionar, sem prejuízo dos elementos incorporados aos arts. 66 e 37, § 1.º, com a inexistência do produto ou serviço (publicidade de bem inexistente ou já vendido) ou, ainda, com o fato de, mesmo existente, só o ser em quantidade ínfima para atender a demanda normal provocada pelo anúncio;¹¹¹ com a natureza do produto ou serviço; com suas qualidades substanciais, quando, p. ex., anuncia-se como estéreo produto que, em verdade, cria apenas uma falsa sensação estereofônica;¹¹² com a quantidade (peso e medida); com o modo e data de fabricação (produto artesanal, quando, ao certo, é industrial); com as propriedades (alimento dietético ou destinado à alimentação infantil); com o preço e condições de venda; com o modo e condições de utilização; com os motivos da venda ou da prestação de serviço ("venda total para desocupar o imóvel"); com razões para a oferta ao consumidor ("você foi sorteado"); com a identidade, qualidades ou atitudes do fabricante, comerciante ou prestador de serviço ("representante exclusivo", "pontas de estoque" ou "serviço autorizado"); com a disponibilidade de assistência técnica.

Mesmo as alegações e apresentações vagas e imprecisas podem violar o art.

67, desde que a imprecisão não seja de modo a impedir a manifestação do elemento da capacidade de indução do consumidor em erro.¹¹³ A precisão ("suficientemente precisa") é um elemento importante na utilização, pelo consumidor, do "princípio da vinculação",¹¹⁴ estampado no art. 30. É irrelevante, contudo, para a caracterização da enganiosidade. Em outras palavras: se a alegação não for "suficientemente precisa" (art. 30), não se aplica o princípio da vinculação. Mas nada impede que seja ela considerada enganosa (ou mesmo abusiva) para fins da *persecutio criminis*.

Como já referido, por se tratar de crime de perigo abstrato, não se exige a realização de dano particular ao patrimônio ou segurança do consumidor,¹¹⁵ nem de efetivo erro ou engano seu.¹¹⁶ A mera conduta basta para sua consumação, "mesmo na ausência de vítima",¹¹⁷ se entendermos esta como um consumidor ou consumidores determinados que sofreram lesão concreta em decorrência do anúncio enganoso. Havendo real induzimento em erro e prejuízo, configura-se o delito do art. 7.º, VII, da Lei n. 8.137/90, já que esta "representa um *plus* em relação ao art. 67, do CDC. Como idêntico é o bem jurídico protegido, e há progressão na conduta do agente", pratica-se, "unicamente, o delito descrito na Lei n. 8.137/90".¹¹⁸

113. Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 607; Dupont-Delestraint, Pierre, ob. cit., p. 177.

114. Sobre o *princípio da vinculação* confira-se o nosso *Código Brasileiro...* cit., pp. 150 e ss.

115. No mesmo sentido, Costa Jr., Paulo José da, ob. cit., p. 237. Isso porque "a lei não exige que a informação publicitária, para ser enganosa, induza o consumidor efetivamente em erro" (Lopes, Maria Elizabete Vilaça, art. cit., p. 172).

116. No mesmo sentido, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro...* cit., p. 443.

117. Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 608.

118. Azevedo, Tupinambá de, *Comentários* ... cit.

111. Crim., 2 déc. 1980, B. C., n. 329; Cir. du 24.10.1980, Bull. officiel conc. et cons., 27.2.1981.

112. Crim., 26.5.1978, B. C., n. 213.

5.1.5 Tipo subjetivo

Pune-se a conduta dolosa, assim como a culposa,¹¹⁹ sendo que o legislador, por razões de política criminal, deu a ambas a mesma reprovabilidade social, apenando-as identicamente (detenção de três meses a um ano e multa).¹²⁰

Assim como é facultado ao legislador equiparar diferentes momentos do *iter criminis*, imputando à tentativa e ao crime consumado a mesma pena,¹²¹ também pode fazer uso da equiparação sancionatória no plano da culpabilidade, dando o mesmo peso ao dolo e à culpa.¹²²

Tal solução tem precedentes estrangeiros. A jurisprudência da Corte de Cassação francesa não exige, na caracterização do delito de publicidade enganosa, o dolo, bastando a mera negligência.¹²³ Se o desejo do legislador brasileiro era pelo nivelamento do dolo e da culpa, desnecessário prever, em parágrafo autônomo, a figura culposa, para, em seguida, lhe dar o mesmo sancionamento. Tal técnica só se justifica quando as sanções impostas são diversas, como é o caso das reprimendas previstas para o crime de informação não-publicitária enganosa.¹²⁴

119. Negando a possibilidade da forma culposa, veja-se Eduardo Arruda Alvim (ob. cit., p. 146).

120. Em sentido contrário, a nosso ver sem razão, consulte-se o grande mestre e amigo Damásio Evangelista de Jesus ("Dolo e culpa no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/RT, jan/abr de 1992, pp. 95-102).

121. CP, art. 352; na matéria, Mirabete, Julio Fabbrini, ob. cit., p. 50; Jesus, Damásio Evangelista, ob. cit., p. 293.

122. Divergindo, Jesus, Damásio Evangelista de, art. cit., p. 102.

123. Crim., 4.12.78, B. C., n. 342; 27.10.1980, B. C., n. 275; Dupont-Delestraint, Pierre, ob. cit., p. 177.

124. CDC, art. 66, caput e § 2.º.

O tipo do art. 67 (assim como os dos arts. 68 e 73) é redigido de tal modo a equiparar a reprovabilidade da conduta culposa (os agentes são profissionais altamente qualificados e o potencial danoso supra-individual é idêntico em ambos os casos) à dolosa. Tudo, conforme já dito, nos passos do direito francês, onde "a má-fé não é um elemento constitutivo da infração".¹²⁵

Inadmissível que o agente — sempre um profissional, seja ele o anunciante, publicitário ou homem de mídia — que anuncia produtos e serviços, afirmando que apresenta tais e tais características, qualidades ou propriedades, só venha a ser punido a título de dolo. Sua culpa deve ser igualmente sancionada, pois decorre de um "defeito de verificação de sua parte".¹²⁶

Através de publicidade, ao fornecedor é permitido dizer (alegações, indicação ou apresentação) sobre seu produto ou serviço somente e tão-somente aquilo que, de fato, sabe — e não tem qualquer dúvida — ser a verdade.¹²⁷

125. Delmas-Marty, Mireille, ob. cit., p. 610.

126. Liotard, Maurice, "Étude de jurisprudence sur la responsabilité pénale des fabricants et producteurs en matière de fraudes commerciales", in *Recueil Dalloz*, 1958, 30.ª ed. cahier, chronique, p. 212.

127. Paulo José da Costa Jr. leciona que "O tipo penal ora analisado exclui a modalidade culposa, só prevendo a forma dolosa". E acrescenta: "Na lei do consumidor, emprega-se o futuro do pretérito. O agente *deveria saber*. Com base em que? Em quais dados" (Costa Jr., Paulo José da, ob. cit., p. 237, grifo no original). A resposta às suas indagações não é difícil.

O agente deveria saber com base em seu conhecimento técnico especializadíssimo, em sua prática profissional, nos precedentes acaso existentes. Observe-se que o mundo da publicidade é bastante internacionalizado. Muitos dos anunciantes são empresas transnacionais, as agências publicitárias estrangeiras têm filiais no Brasil, as revistas e jornais nacionais especia-

A redação do dispositivo (“deveria saber”), pois, não permite “falar em dolo eventual”.¹²⁸ Não é este o caso. Tampouco adota-se a presunção de culpa, pois esta, no âmbito do processo penal por publicidade enganosa ou abusiva, haverá que ser provada pelo Ministério Público. Cuida-se, é bom repetir, de mero comportamento culposos equiparado, no apenamento, ao doloso.

Finalmente, não nos parece que haja qualquer violação ao princípio de que as condutas culposas só são puníveis quando o legislador, expressamente, o determina (art. 18, parágrafo único, do CP). Aqui, com a expressão “deveria saber”, há referência expressa à modalidade culposa.

Ora, o legislador, ao estabelecer o princípio da reserva legal em matéria de crimes culposos, não impõe qualquer “fórmula sacrossanta” para a dicção dos dispositivos que os prevejam. Veja-se, a título de exemplo, que o art. 180, § 1.º, do CP, incrimina a receptação culposa, sem, contudo, em nenhum instante, fazer uso do vocábulo culpa (“deve presumir-se obtida por meio criminoso”). Nem por isso, a doutrina e a jurisprudência deixou de lá enxergar típica modalidade de delito culposos, sem qualquer violação do princípio da reserva legal.

5.2 Crimes de publicidade abusiva (arts. 67, caput, e 68, caput)

O CDC criminaliza, a um só tempo, “fazer ou promover publicidade que sabe

lizados (“Meio & Mensagem”, p. ex.) mantém os profissionais, diariamente, informados sobre o que ocorre no mundo inteiro. Logo, se uma determinada publicidade, considerada enganosa ou abusiva na França ou EUA, p. ex., com tratamento legal bem semelhante ao nosso, é repetida no Brasil, viola-se, frontalmente, o tipo na sua modalidade deveria saber, quando não na forma sabe. Não há aí qualquer presunção de culpa. Há, sim, conduta culposa, por imprudência, negligência ou imperícia.

128. Costa Jr., Paulo José da, ob. cit., p. 238.

ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”¹²⁹ e “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança”.¹³⁰

Apartando-se do modelo que adotou no regramento civil da publicidade abusiva,¹³¹ em que o legislador não destacou nenhuma de suas modalidades por considerá-la mais grave que as demais, no sancionamento penal a abusividade publicitária vem dividida em dois tipos. No primeiro, geral e mais brandamente apenado,¹³² pune-se qualquer tipo de publicidade abusiva, exceto uma: a perigosa ou prejudicial à saúde e segurança do consumidor. Para esta há um segundo tipo, especial e mais severamente apenado.¹³³

A publicidade abusiva, assim como a enganosa, atinge, em cheio, a integridade do mercado, embora se possa dizer, com razão, que ela “transpõe as fronteiras do direito do consumidor”,¹³⁴ pelo menos na forma com visto pela maioria da doutrina.

Abusiva é a publicidade que, embora não sendo enganosa, utiliza-se de recursos considerados indevidos, sejam *per se* (ataque à valores ambientais, discriminação, violência), sejam em relação aos seus destinatários (crianças).

O CDC, seja na parte civil, seja na penal, não conceituou publicidade abusiva. Limitou-se, no art. 37, § 2.º, a listar algumas de suas formas de manifestação.¹³⁵

129. CDC, art. 67, *caput*, grifo nosso.

130. CDC, art. 68, *caput*.

131. CDC, art. 37, § 2.º.

132. CDC, art. 67, *caput*.

133. CDC, art. 68, *caput*.

134. Lopes, Maria Elisabete Vilaça, art. cit. p. 173.

135. “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento

Ao revés do que se dá com o tipo do art. 68, *caput*, o do art. 67, *caput*, é, parcialmente, norma penal em branco quanto a outras formas de abusividade não previstas, expressamente, no art. 37, § 2.º (“dentre outras”).

5.2.1 Objetividade jurídica

No tipo geral (art. 67, *caput*), tal qual sucede com a publicidade enganosa, protege-se a relação de consumo em todos os seus aspectos, sanitário e econômico.

Já no do art. 68, *caput*, a ênfase é toda na órbita da saúde e segurança do consumidor. Daí o maior rigor da sanção.

5.2.2 Sujeito ativo

Os sujeitos ativos são fundamentalmente, os mesmos do crime de publicidade enganosa.

Em primeiro lugar, o anunciante, já que a aprovação final do anúncio e os maiores benefícios são seus. Mas também o publicitário e o próprio veículo, pois intervêm, diretamente, no processo de criação, produção e veiculação da publicidade abusiva.

Vale lembrar que, ao contrário do que sucede com a publicidade enganosa em que, no mais das vezes, a capacidade de enganar nasce no ambiente do anunciante, a abusividade, quase sempre, é um desvio provocado pelo próprio publicitário no momento de criação do anúncio.¹³⁶ Logo, em tais casos, a não ser que no *briefing* do anunciante esteja o germe da abusividade, o principal responsável é o profissional de *marketing* que criou o anúncio.

e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

136. Confira-se nosso *Código Brasileiro...* cit., p. 215.

5.2.3 Sujeito passivo

De uma maneira geral, toda a coletividade de consumidores, mas, de uma forma especial, o grupo social abusado (crianças, negros, etc.).

5.2.4 Tipos objetivos

O tipo penal do art. 67, no tocante à abusividade, é, de fato, fluido, particularmente porque a sua face cível não é taxativa (art. 37, § 2.º). Mas em relação aos elementos listados no art. 37, não há qualquer problema de entendimento.

De qualquer modo, é bom salientar que a amplitude do tipo penal reflete uma tendência moderna do direito penal econômico no sentido da “simplificação”¹³⁷ das descrições legais. A criação de infrações penais “gerais” permite uma maior adaptabilidade do tipo penal às mutações mercadológicas, velozes por excelência.

O delito é de mera conduta e de perigo abstrato, não se exigindo efetiva realização de seus objetivos (p. ex.), que a incitação à violência termine, de fato, em violência, ou que a mensagem anti-ambiental produza, realmente, um comportamento de igual natureza), nem, tampouco, um dano particular ao patrimônio ou segurança do consumidor.¹³⁸ Sua consumação se dá com a mera exposição deste último ao anúncio.

No tipo geral do art. 67, *caput*, criminaliza-se, diretamente, as seguintes modalidades de publicidade:

a) discriminatória: fere o princípio da isonomia entre homens e mulheres, por qualquer que seja a razão (raça, religião, orientação política, sexo, orientação sexual);¹³⁹

137. Bihl, Luc, ob. cit., p. 17.

138. No mesmo sentido, quanto à abstração, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro...* cit., p. 443.

139. É expresso o texto da CF de 1988: “Art. 3.º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV —

b) incitadora de violência: instiga a violência, tanto do homem contra o homem, como, também, do homem contra os animais e do homem contra o patrimônio (depredação de bens públicos, p. ex.);

c) exploradora do medo ou superstição: usa as fobias das pessoas, suas inseguranças ou, ainda, cenas de horror ou sobrenaturais para convencer os consumidores a adquirirem produtos e serviços;

d) utilizadora da deficiência de julgamento e experiência da criança: p. ex., oferece-se às crianças produtos e serviços quando elas não são seus consumidores naturais ("carros"), bem como se lhes oferece tais bens sem atentar para sua deficiência de apreciação e pequena vivência;

e) desrespeitadora de valores ambientais: faz uso de comportamentos que violam o dever constitucional de cada cidadão de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.¹⁴⁰

Para fins de sanção penal, o legislador ressaltou do rol geral de publicidade abusiva a que é "capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança".

Veja-se que nas modalidades listadas pelo art. 37, § 2.º, como sendo publicidade abusiva consta esta que induz comportamentos prejudiciais e perigosos.

O tipo especial de publicidade abusiva¹⁴¹ reprime a oferta publicitária

promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

E mais: "Art. 5.º ... XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

140. CF, art. 225, *caput*.

141. CDC, art. 68, *caput*.

que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Assim, exemplificativamente, os anúncios de automóveis ou acessórios que utilizam manobras perigosas ("cavalos de pau") ou que mostram os modelos em excesso de velocidade. Matéria não esclarecida diretamente pelo texto legal é se a publicidade de bebidas e tabaco é abusiva, notadamente quando não dirigida apenas aos já fumantes.¹⁴²

Como mencionado, a conduta é espécie do gênero publicidade abusiva, integrando seu conceito (art. 37, § 2.º), mas isolada para fins de uma punição mais severa.

Incrimina-se, em síntese, o anúncio que induz o consumidor a agir: a) de forma prejudicial ou b) de modo perigoso à sua saúde ou segurança.

O crime é omissivo puro, de mera conduta e de perigo abstrato, prescindindo de resultado ou dano. Se este ocorrer (lesão corporal ou morte) aplica-se, em concurso, os crimes comuns do CP (arts. 129 e 121).¹⁴³

5.2.5 Tipo subjetivo

Tanto no tipo geral, como no especial, a conduta é punida quando praticada com dolo ("sabe") ou com culpa ("deveria saber").

Nesta matéria, valem as considerações já tecidas sobre a publicidade enganosa culposa.

142. A publicidade de tabaco, embora materialmente esteja na mesma posição da de bebidas, goza de certa proteção constitucional. Pode ser limitada — mesmo em profundidade, com vedação de utilização de certos veículos, como a televisão, p. ex. — mas não totalmente proibida (veja-se o art. 220, § 4.º, da CF).

143. Com o mesmo posicionamento, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro... cit.*, p. 457.

6. Omissão de fundamentação da publicidade (art. 69)

De acordo com o CDC, configura crime "Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade".¹⁴⁴

O art. 69 assegura, mediante a imposição de sanção penal, o cumprimento do princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária.¹⁴⁵ A regra do CDC é "só digo o que sei e o que posso provar".

O princípio, previsto no art. 36, parágrafo único, do CDC, objetiva trazer mais seriedade às alegações do anunciante, exigindo idoneidade *a priori*. A manutenção desses elementos serve para que comprove, "quando consultado, as descrições, alegações e comparações feitas na mensagem e que se relacionam com fatos ou dados objetivos".¹⁴⁶

O dispositivo, como sucede com os outros relativos ao controle penal da publicidade, aplica-se também às promoções de venda, já que estas foram equiparadas pelo legislador àquela.

6.1 Objetividade jurídica

Tanto a relação de consumo sanitária, como a econômica, são protegidas. Ora, é aquela (dados sobre preço, p. ex.), ora esta (dados sobre propriedades medicinais) que está em jogo.

6.2 Sujeito ativo

Sujeito ativo é só o fornecedor-anunciante, posto que é a ele que se impõe o dever de arquivar os dados,¹⁴⁷ ou seja, é ele a figura do garante.

144. CDC, art. 69.

145. Sobre o princípio, estatuído no art. 36, parágrafo único, veja-se o nosso *Código Brasileiro*... cit. pp. 189 e ss.

146. Zanellato, Marco Antonio, art. cit., p. 42.

147. CDC, art. 36, parágrafo único.

O publicitário não é agente do delito, a não ser quando o anúncio seja criado por *home agency*, isto é, agência de publicidade do próprio anunciante.

6.3 Sujeito passivo

É a coletividade de consumidores.

6.4 Tipo objetivo

A conduta punível é omissiva pura. Só a integra o não arquivamento de dados relacionados com o conteúdo do anúncio.

O crime é de mera conduta, sendo que depende, para sua realização, da efetiva veiculação do anúncio. Sem "exposição" de consumidores não há que se falar em violação do princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária.¹⁴⁸

"Dados fáticos" têm a ver com o cotidiano. Assim, quando o anunciante diz que seu produto é o campeão de vendas no mercado, temos aí um dado fático.

Já os "dados técnicos" relacionam-se, no mais das vezes, com o modo de funcionamento do bem.

Finalmente, "dados científicos" são aqueles que, direta ou indiretamente, buscam ou têm apoio em quaisquer das ciências. São as "fórmulas revolucionárias", p. ex.

Em muitos casos, haverá concurso entre este e os dos arts. 66 e 67. O agente não só deixa de manter organizados os dados de sua informação ou publicidade, como estas são, ademais, falsas ou capazes de induzir o consumidor em erro.

6.5 Tipo subjetivo

Só o dolo é punido.

148. Em sentido contrário, v. Pimentel, Manoel Pedro, art. cit., p. 254.

DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PREVISTO NO ART. 2.º, II, DA LEI FEDERAL 8.137, DE 27.12.90

GRUPO DE ESTUDOS DO SETOR DAS EXECUÇÕES FISCAIS
DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO*

1. Noções Gerais

Publicada em 28.12.90, somente agora a Lei 8.137/90, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”, despertou o interesse dos criminalistas, dos tributaristas e da sociedade em geral. Afinal, somente a partir de 27.1.93 (Port. CAT 13, de 27.1.93, Port. conjunta DEAT/Cinef 1, de 24.2.93, e Port. CAT 78, de 10.8.93) a Coordenação de Administração Tributária do Estado de São Paulo orientou de forma satisfatória os agentes do Fisco quanto ao encaminhamento de Autos de Infração e das representações criminais em casos de crimes contra a ordem tributária e outros delitos fiscais.

Duas são as formas mais frequentes de constatação dos crimes fiscais relacionados ao ICMS, delitos cuja apuração compete à Justiça Estadual.

A primeira é o chamado débito declarado e não pago.

A legislação do ICMS, conforme ensina o magistrado e professor Odmir Fernandes em artigo publicado no *Jornal O Estado de São Paulo*, p. 37, ed. de 20.5.90, “obriga o contribuinte-devedor a entregar informação mensal declarando o imposto devido ao Estado a ser pago posteriormente. Ocorre que inúmeros

contribuintes declaram o imposto devido e não pagam.

“O que causa espanto é que o ICMS, IPI e outros são impostos indiretos, que integram o preço da mercadoria ou do produto, isto é, *cada cidadão ao comprar um quilo de arroz ou um automóvel já está pagando o imposto embutido no preço da mercadoria. O comerciante e o industrial têm apenas a obrigação de declarar e recolher essa parcela ao Estado. Não fazendo esse pagamento, estão, grosso modo, se apropriando indevidamente de uma importância que pertence ao Estado e, via de consequência, de toda população...*” (grifei).

Percebe-se, desde logo, que em regra são protelatórios os embargos às execuções fiscais, as ações de conhecimento, os mandados de segurança e outros instrumentos legais (não confundir o legal com o moral) usados para questionar o débito declarado e não pago. Na verdade, falta até mesmo legitimidade para o contribuinte questionar tal obrigação, pois a ele incumbe tão-somente o dever de repassar ao Fisco o valor do imposto que confessadamente cobrou.

Nos casos de débitos declarado e não pago sequer há necessidade de processo administrativo para a formação do título executivo no âmbito fiscal (*JTA* 26/42, 37/221 e *RTJ* 96/926). Trata-se do chamado lançamento por homologação ou auto-lançamento, regular e válido porque obedecidos os ditames dos arts. 3.º a Lei 3.830/80; 142, 147 e 150 do CTN; e 35

* Fábio Bellucci (coordenador); Odmir Fernandes; Carmen Lúcia da Silva; Henrique Rodriguero Clavísio; e Ricardo Cunha Chimenti.

da Lei estadual 6.374, pub. em 2.3.89, que dispõe sobre o ICMS no Estado de São Paulo.

Hoje, diante da Lei 8.137/90, aquele que “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”, está sujeito a penas de até 2 anos de detenção e multa (art. 2.º, da Lei 8.137/90). E aquele que sequer declarar o débito, ou seja, aquele que omitir ou falsear o montante do ICMS a ser repassado (através de um formulário denominado GIA, mensalmente os contribuintes do ICMS prestam informações ao Fisco), fica sujeito a penas de até 5 anos de reclusão e multa (art. 1.º, I, da Lei 8.137, de 27.12.90).

Em 1991, diante da nocividade social da conduta dos sonegadores, foi proferido a seguinte decisão pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“Infringe a Lei tributária quem, sujeito ao pagamento do tributo, não o satisfaz no tempo, forma e lugar determinados. O não recolhimento de ICM declarado, que integrou o preço da mercadoria vendida, se não recolhido aos cofres públicos, tipifica figura penal...” (REsp. 8.584-SP, 1.ª T. do STJ, DJU-I de 13.5.91, p. 6.071, rel. Min. Garcia Vieira).

A constitucionalidade da Lei estadual 6.374/89, que entre outras regras especifica o “sujeito passivo da obrigação tributária” em relação ao ICMS, é reconhecida com base no § 3.º, do art. 24, da CF e no § 8.º, do art. 34, do ADCT, visto que desde 16.12.88 vigora entre os Estados-membros e o Distrito Federal o convênio autorizado pela Carta Magna (Convênio 66/88, pub., no *DOU* de 16.12.88). O Convênio — Protocolo ICMS 11/91, publ. no *DOU-I* de 23.5.91 (p. 9.806/9.807), também dispõe sobre o sujeito passivo tributário.

A segunda forma mais comum de constatação do crime fiscal é aquela decorrente dos autos de infração.

Os agentes fiscais, sempre que constatam irregularidades na documentação fiscal dos contribuintes, têm por dever lavrar Autos de Infração (normalmente denominados AIIM — Auto de Infração e Imposição de Multa). A questão da prejudicial nos casos de AIIM será tratada no tópico “Da Ação Penal”.

2. Do crime

O núcleo do tipo é a obrigação legal do contribuinte de recolher à Fazenda Pública, no prazo legal, o valor do tributo que cobrou ou descontou.

O contribuinte, ao cobrar, receber ou descontar o ICMS, por substituição tributária, recebe numerário que não lhe pertence e obriga-se a recolher o valor aos cofres públicos.

O crime distingue-se do tipo comum informado no art. 168 do CP, pois possui características especiais e próprias.

Do objeto jurídico. A Administração Pública.

Objeto Material. O valor do tributo recebido (descontado ou cobrado).

Sujeito ativo. O autor do delito é aquele que tem o dever de recolher ou fazer recolher aos cofres públicos o valor do tributo descontado ou cobrado (arts. 7.º a 15 da Lei 6.373/89 e arts. 21/26 do Convênio ICMS 66/88). É aquele que pratica o fato descrito na norma penal incriminadora (o proprietário, o sócio, o administrador, etc...) e/ou aquele que concorreu para a sua prática.

Conforme exposto no tópico “Noções Gerais”, é absolutamente legal a substituição tributária prevista na Lei Estadual 6.374/89 e no Convênio ICMS 66/88, pois tem por base a própria CF (arts. 24, § 3.º da CF e 34, § 8.º do ADCT).

A co-autoria decorre da adesão à vontade delitiva, seja por ação, seja por omissão.

Autor material é o executor.

Autor intelectual é aquele que dá as coordenadas para que outro pratique o crime.

Autor mediato é aquele que faz com que terceira pessoa, de forma inconsciente, pratique o delito.

A participação, que também pode ser moral ou intelectual, está expressamente prevista no art. 11 da Lei 8.137/90, aplicando-se subsidiariamente as regras gerais do CP.

Concurso de pessoas. É possível, já que todos os que ocupam cargos de direção podem ser responsabilizados.

Sujeito passivo. É o titular do interesse. O Estado.

Limite da responsabilidade e nexo de causalidade. Não há responsabilidade penal objetiva, devendo ser comprovada a relevância da conduta. O resultado é imputável a quem lhe der causa (art. 13 do CP).

A culpabilidade advém da exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e imputabilidade, conjunto de condições que dão ao agente capacidade para lhe ser imputada a prática de um fato punível.

A pessoa jurídica, no Brasil, não responde criminalmente. Quem responde por eventuais delitos são seus sócios, diretores, proprietários, representantes, etc.

O pagamento do débito declarado só elide a ação penal se efetuado antes de ser iniciado algum procedimento administrativo, inclusive medida de fiscalização ou inscrição da dívida (arts. 137 e 138 do CTN), já que a diligência voluntária do responsável pelo pagamento demonstra não ter havido o intuito de apropriação da importância recebida.

O devedor civil nem sempre é o responsável criminal, sendo que o tempo do crime informa o autor do delito. A JUCESP expede Súmulas informando

quem são os responsáveis de direito das pessoas jurídicas.

Tempo do Crime e Consumação. Considera-se praticado o crime no dia seguinte àquele em que o responsável tinha o dever legal de efetuar o recolhimento do tributo.

O recolhimento posterior a eventual procedimento administrativo não é causa de exclusão da ilicitude, podendo apenas ser considerado como reparação do dano para efeito de dosimetria da pena. O pagamento do tributo, mesmo que acrescido de multa não elide o delito, devido à natureza diversa das sanções.

O prazo legal para o recolhimento do tributo é aquele informado pela Fazenda Pública interessada, devendo inicialmente ser observado o regime jurídico a que está sujeito o contribuinte (arts. 100 e ss., do Regulamento do ICMS — Dec. estadual 33.118/91). O código de atividade do contribuinte, fator determinante da data para o recolhimento do imposto, consta expressamente da petição inicial da execução fiscal e da CDA (Certidão da Dívida Ativa).

O valor apropriado sequer é passível de restituição ou de compensação (art. 166 do CTN).

A responsabilização penal não exime o contribuinte do dever civil de pagar o tributo (Lei estadual 6.374/89 — arts. 57/59, 63 e 85, § 1.º).

A Administração Pública tem competência para fixar a data para o recolhimento do imposto, já que o numerário cobrado ou descontado pertence a ela e não ao contribuinte.

Tipo do crime. Trata-se de crime de mera conduta. O não recolhimento do tributo no prazo estabelecido consoma o crime.

O núcleo do tipo é deixar de recolher o tributo no modo, tempo e lugar devidos. É o recolhimento fora do prazo ou

o não recolhimento do tributo recebido (descontado ou cobrado).

Lugar do crime. É o do local de entrega da GIA (art. 69, I do CPP).

Subsidiariamente é o local da residência do acusado, o local onde foi realizado algum dos elementos integrantes da conduta (a retenção, a cobrança ou o desconto) ou o local onde o agente converteu em proveito próprio o tributo que devia recolher.

Materialidade do delito. A prova material do crime é a GIA (Guia de Informação e Apuração do ICMS), onde o próprio contribuinte declara o valor a ser recolhido.

Também a CDA, os livros fiscais, os registros magnéticos e os levantamentos efetivados pela fiscalização, entre outros documentos, informam a materialidade do delito.

Dolo/elemento subjetivo do tipo. Dolo natural e genérico (se adotada a teoria clássica), ou seja, a vontade e a potencial consciência de não recolher, no prazo legal, o valor do tributo descontado ou cobrado.

Ao contrário do art. 1.º da mesma Lei, onde o elemento subjetivo do tipo foi expresso pelo legislador (suprimir ou reduzir tributo), o art. 2.º não exige do agente qualquer finalidade especial.

Conforme diversos ensinamentos da doutrina clássica, algumas vezes, em um mesmo artigo, uma conduta exige o dolo específico e outra não, valendo como exemplo o art. 293 e §§ do CP.

Tentativa. As características da infração demonstram não ser possível a tentativa.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz. Não são admissíveis. O pagamento do tributo não é mais causa

de extinção da punibilidade (art. 98 da Lei 8.383/91).

Arrependimento posterior/reparação do dano. V. tópico “Consumação”.

O arrependimento posterior ou a reparação do dano não elidem a ação penal nem afastam a responsabilidade, tendo apenas repercussão na dosimetria da pena.

Caso fortuito e força maior (justa causa elisiva). A comprovação de eventual justa causa elisiva é ônus do réu e deve ser plenamente demonstrada no processo criminal, pois exclui o dolo.

O não recolhimento tipifica o crime e o argumento de que o atraso não significa o “não recolhimento” é inconvincente, pois a Lei não faz tal distinção. O simples atraso demonstra a intenção do contribuinte de não repassar ao Fisco o valor do tributo que descontou ou cobrou.

3. Da ação penal

A aplicação das penas segue a regra geral do CP.

A ação penal é pública incondicionada (art. 100 do CP e art. 15 da Lei 8.137/90).

Em regra o inquérito policial é dispensável, já que a GIA e a CDA informam a autoria e a materialidade do delito. No mais, antes da ação penal ou no curso dela, o MP pode requerer ou requisitar as provas que entender necessárias (Lei federal 8.625/93), evitando assim a ocorrência da prescrição.

O processo criminal decorrente de débito declarado e não pago não deve ser suspenso sob a alegação de questão prejudicial na esfera cível, já que na hipótese falta o requisito da questão de difícil solução prevista no art. 93 do CPP. A respeito, parece oportuna a exposição das seguintes lições:

“É interessante saber quais os pressupostos das prejudiciais de que trata o art. 93 do CPP. Vale repetir: o dispositivo em exame concede ao juiz penal a faculdade

de suspender ou não o curso da ação penal para louvar-se da decisão do juízo cível. Mesmo atendidos todos os pressupostos, o juiz penal suspenderá o andamento do processo crime, se quiser.

“Mas, querendo suspender o andamento do processo-crime para louvar-se na decisão do Órgão Jurisdicional extrapenal, só poderá fazê-lo uma vez atendidos esses pressupostos:

a) que a questão suscitada afeta a qualificação jurídico-penal do fato objeto do processo. Tal pressuposto é primordial, pois, como já assinalamos, é ele essencial às questões prejudiciais. É a pedra-de-toque das prejudicialidades. Se a questão não afetar a qualificação jurídico-penal do fato objeto do processo, poderá ser tudo, menos uma questão prejudicial;

b) que a questão não verse sobre o estado civil das pessoas. Versando, a regra aplicável é a do art. 92 do CPP;

c) que seja de competência do juízo cível. De fato. Se a questão aventada for de Direito Penal, isto é, prejudicial homogenea, não haverá necessidade de se suspender o curso da ação penal e, muito menos, transferir a solução da questão aos “Órgãos Jurisdicionais Cíveis”. Ademais, se a razão de ser remetida a prejudicial à jurisdição cível assenta na especialização do juízo, se a questão for de direito penal, não poderá, evidentemente, ser solucionada no juízo cível;

d) que a ação já tenha sido proposta no cível. É preciso que as partes, antes de suscitada a prejudicial, já estejam no juízo cível, à procura de sua solução, isto é, já deve ter sido proposta no cível a ação competente para dirimir a controvérsia. Aqui o juiz penal não remete as partes ao cível, como acontece na hipótese do art. 92. As partes já devem estar ali;

e) que a questão seja de difícil solução. O juiz penal é que poderá dizer se a questão é ou não de difícil solução;

f) que a questão não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite...” (*Processo Penal*, 10.^a ed. 2.^o/467, Saraiva, Fernando da Costa Tourinho Filho).

“No caso da questão prejudicial facultativa a suspensão do processo não é obrigatória, cabendo ao juiz decidir se deve ou não deter o processo criminal. Assim, o indeferimento do pedido de suspensão não acarreta constrangimento ilegal ao acusado a ser sanado pela via do *habeas corpus*. O juiz somente deve suspender o processo se a questão é de difícil solução, ou seja, exigir uma indagação mais profunda no juízo especializado. No caso oposto, ele próprio deve conhecer *incidenter tantum* da questão prejudicial.

“... De outro lado, a circunstância de pender litúgio civil não pode obstar o inquérito policial. O art. 93 refere-se, como o anterior, à suspensão da ação penal e não das investigações policiais” (*Processo Penal*, 1.^a ed., Atlas, p. 198, Julio Fabbrini Mirabete).

Ante a farta produção de Leis de natureza fiscal no Brasil, parece conveniente relembrar que os arts. 2.^o da Lei 4.729/65 e 14 da Lei 8.137/90, que possibilitavam a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia, foram expressamente revogados pelo art. 98 da Lei federal 8.383, de 30.12.91.

Na hipótese de denúncia baseada em AIIM, pode o magistrado criminal se deparar com as chamadas “questões de difícil solução”, prejudiciais que algumas vezes recomendam a suspensão do processo criminal após a inquirição de testemunhas e a realização de outras provas de natureza urgente. Ao MP, no caso de suspensão, compete intervir imediatamente na causa civil, para o fim de prover-lhe o rápido andamento (art. 93, § 3.^o do CPP).

Antes da suspensão do processo criminal, porém, deve o magistrado considerar

que mesmo na esfera administrativa existem várias instâncias de julgamento (existe inclusive um órgão denominado "Tribunal de Impostos e Taxas", com farto repertório jurisprudencial), o que significa que entre recursos administrativos e judiciais o questionamento da autuação fiscal pode demorar mais de 10 anos.

Portanto, ao suspender o processo criminal, o magistrado deve observar com cautela o disposto no art. 93 e §§ do CPP, já que pode estar comprometendo o caráter preventivo da pena eventualmente imposta. No mais, deve o magistrado observar que o prazo prescricional se tem por suspenso a partir da data do despacho suspendendo o processo-crime e só volta a correr na data em que for determinado o seu prosseguimento (art. 116, I do CP).

Quando da análise da denúncia, deve o magistrado considerar que até então a prescrição corre sem qualquer suspensão ou interrupção, nos termos dos arts. 111 e 117 do CP.

Muitas vezes, com os documentos que lhe foram encaminhados pelo magistrado, pelo agente fiscal ou por terceiros, o promotor de justiça já possui elementos suficientes para o oferecimento da denúncia. Enfrentará, contudo, argumentos no sentido de que a propositura da ação penal somente é cabível após o lançamento tributário, razão pela qual entendendo oportuna a transcrição da seguinte lição.

"Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento tributário.

Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura.

Depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para o recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza, de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre o prazo para a decadência e ainda não se

iniciou a fluência do prazo para prescrição.

Decorrido o prazo para a interposição de recurso administrativo sem que ele tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição do crédito administrativo a que alude o art. 174, começando a fluir daí o prazo de prescrição da pretensão do Fisco". (ERE 94.462-1/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.12.82).

Perícia Contábil. Normalmente não são deferidas perícias contábeis nos casos de débito declarado (confessado) e não pago, já que esta modalidade de prova tem por objetivo verificar fatos concretos e não conferir atividades administrativas genericamente contestadas (RT 520/164). Como já foi exposto, o próprio contribuinte declarou o débito, nada restando a se verificar quanto ao débito ou quanto aos responsáveis pelo repasse do tributo.

Anistia ou Remissão. Não elidem o crime. A anistia e a remissão na esfera tributária têm natureza civil e não criminal; ou seja, não se confundem com o perdão e com a anistia na esfera criminal.

Assistente de acusação. Diante da autonomia conferida ao MP pela CF de 1988, admite-se hoje que a Procuradoria do Estado atue como assistente de acusação no processo criminal, a exemplo de outros crimes que envolvem interesse público de grande relevância (art. 2.º, § 1.º do Dec.-lei 201/67). Há, porém, entendimentos em sentido contrário (RT 545/330 e 594/326).

Foro competente. É o foro do local onde se consumou o delito, conforme especificado no tópico "Tempo do Crime e Consumação".

Extinção da punibilidade. O disposto nos arts. 2.º da Lei 4.729/65 e 14 da

Lei 8.137/90, que possibilitavam a extinção da punibilidade mediante o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, foram expressamente revogados pelo art. 98 da Lei 8.383, de 30.12.91.

Da Prisão Civil do depositário. A prisão civil do contribuinte, como depositário infiel do tributo ou assemelhado (a questão está sendo discutida a nível federal), não prejudica o processo penal ou a imposição da pena criminal. A prisão civil não é pena e visa apenas motivar o depositário infiel a entregar o bem que lhe foi confiado, o que por si só demonstra que as sanções têm natureza e finalidade diversas.

Lei 8.137/90

Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Art. 1.º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...

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 obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

...

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

APLICAÇÃO DA PENA: POR UMA NOVA ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL

MARIA LÚCIA KARAM

1. Pena e violência punitiva — 2. Aplicação da pena e controle da violência punitiva; 2.1 Aplicação da pena e princípio da culpabilidade; 2.2 Aplicação da pena e reincidência; 2.3 Aplicação da pena e regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade — 3. Conclusão.

1. Pena e violência punitiva

O controle social formal manifestado no poder punitivo do Estado, estruturando-se em um sistema que se materializa através do processo de criminalização de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, ao mesmo tempo que reduz o enfrentamento de tais condutas à simplista reação de impor uma pena aos responsáveis por aquelas condutas criminalizadas, produz um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte.

Os muitos mecanismos ideológicos utilizados na fundamentação e legitimação da pena geraram tradicionais teorias fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção especial ou geral (negativa ou positiva), teorias que sempre se caracterizaram por um irracionalismo indubitado, irracionalismo derivado da própria falta de racionalidade daquele instrumento de realização do poder punitivo do Estado.

A pena só se explica — e só pode se explicar — em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder.

A inidoneidade da pena para resolver conflitos (ao contrário do que ocorre,

pelo menos de forma abstrata, com outras sanções jurídicas, adotadas fora do âmbito do Direito Penal) e sua característica de infligir dor são seus dados de realidade, a torná-la o sofrimento órfão de racionalidade, de que fala Zaffaroni,¹ sofrimento este que atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização.

Os mecanismos ideológicos legitimadores do poder punitivo do Estado propagandeando a idéia de que a imposição deste sofrimento irracional aos autores das condutas conflituosas ou socialmente negativas, que a lei define como crimes, poderá trazer proteção, segurança e tranquilidade, alimentam e são alimentados com falsas crenças, partindo fundamentalmente da equivocada identificação da ação individualizada da criminalidade convencional como tradução da idéia de violência, identificação que se constrói basicamente através da ocultação de dados essenciais e da

1. V. a respeito, o texto de Zaffaroni: *En Busca de las Penas Perdidas* (Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 209-211), onde, cotejado com sanções jurídicas, características de modelos não penais de solução de conflitos, aquele instrumento de realização do poder punitivo do Estado é mostrado em toda a sua irracionalidade.

manipulação de sentimentos de medo e insegurança, de emoções provocadas por uns poucos crimes mais cruéis, por uns poucos fatos que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupro e alguns homicídios (homicídios nem sempre comovem e assustam, costumando repercutir apenas quando vitimizam membros das classes dominantes, ou quando assumem um caráter de espetáculo, como nos massacres da Candelária e de Vigário Geral no Rio de Janeiro, só assim alcançando as primeiras páginas dos jornais).

Esta crença na reação punitiva é fruto de uma perversa fantasia. Quando se fala em combate à impunidade, quando se pedem penas mais rigorosas, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficiência do sistema penal, esquece-se e oculta-se que, na realidade, tal sistema só opera (e só pode operar) marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos. A quantidade infinita de crimes, que permanece desconhecida ou impune, não é resultado de questões conjunturais ou de uma eventual deficiência operacional. A excepcionalidade da concretização da reação punitiva é, ao contrário, uma das regras básicas da atuação do sistema penal, baseando-se a lógica de seu funcionamento na seleção de um ou outro autor de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores da lei, de "cidadãos de bem".

A excepcionalidade da reação punitiva, que constitui uma condição da própria existência deste sistema concretizador do poder punitivo do Estado, implica, mais do que na ineficácia, na injustiça que lhe é inerente e que acaba por produzir,

direta ou indiretamente, um enorme volume de violência.

Provocando o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que vão cumprir o papel de criminosos, o sistema penal faz destes poucos selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, assim, como um poderoso realimentador da criminalidade, isto quando não é a própria reação punitiva a criadora da criminalidade e da violência por ela gerada, como ocorre em relação à chamada criminalidade de negócios ilícitos, em que o processo de criminalização, produzindo a ilegalidade do mercado de determinados bens e serviços de grande demanda, igualmente produz a inserção nesse mercado de grandes organizações criminosas e da conseqüente violência que, por esta condição de ilegalidade, necessariamente acompanha tal modalidade de atividade empresarial (é o caso, p. ex., da produção e comercialização de drogas ilícitas).

A idéia de pena, de afastamento do convívio social, de punição, se assenta no maniqueísmo cômodo e simplista, que divide as pessoas entre boas e más: o criminoso carrega o estigma do "mau", do "outro", do "diferente",² o que cons-

2. V. a respeito o ensaio de Hans Magnus Enzensberger, "Reflexões diante de uma Vitrine", in *Rev. USP*, n. 9, São Paulo, março/maio 1991, pp. 9-22, especialmente seus comentários a respeito dos sentimentos coletivos de necessidade da identificação de culpados e de alívio com a condenação, que, vista como o reconhecimento da culpabilidade, gera a sensação de inocência para aqueles que não foram condenados. Mostra Enzensberger que "para o indivíduo, a condenação de um outro — de modo geral um criminoso — é sempre considerado como este "outro" — equivale a uma prestação de contas. Quando se é culpado, se é castigado. Portanto, quando não se é castigado, se é

titui um dos mais relevantes fatores a permitir e alimentar a violência punitiva realizada fora do direito — a repressão informal, dirigida contra aqueles que, assemelhando-se à clientela do sistema penal, são vistos como supostos criminosos ou suspeitos.

Produz-se, neste campo, um processo semelhante ao que alimenta a repressão política das ditaduras, em que a idéia de que é preciso manter a ordem, aqui se traduz na idéia de que é preciso combater o crime, gerando todo tipo de violência — da tortura ao extermínio — nas ditaduras, contra os dissidentes, e, nas democracias mais ou menos reais, contra os “delinquentes”, vistos como os inimigos, os “perigosos”, os que devem ser segregados ou eliminados, para que supostamente se restabeleça a paz, para que se imagine alcançar as almejadas tranqüilidade e segurança.

As próprias características de irracionalidade e seletividade na intervenção do sistema penal já fazem com que toda manifestação do poder punitivo do Estado seja dotada de violência.

Esta violência, porém, se acentua, quando se vive, como hoje no Brasil, um clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da criminalidade, a provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão, uma obsessão por segurança, clima característico das chamadas campanhas de lei e ordem, cuja intensificação vem se dando nos últimos anos.

Coincide este clima com o aprofundamento do antigo e grave processo de deterioração econômica e social que atravessa nosso país. E, de fato, épocas de deterioração econômica e social caracte-

rizam-se por maior repressão e mais castigo — e não, como se costuma imaginar, por mais delitos.³ São épocas que exigem o desvio das atenções, para, focalizando-as na criminalidade, ocultar outros fatos mais danosos, minimizando outros fenômenos mais violentos, como, hoje ocorre no Brasil, com a fome, a desnutrição, as submoradias, a falta de saneamento, a caótica situação da saúde pública, as sucessivas políticas econômicas geradoras da miséria e sustentáculos das desigualdades. São épocas propícias e necessárias à demonstração do terrorismo oficial, para, reprimindo a criminalidade e, assim, a suposta violência, prevenir reações mais conseqüentes e transformadoras. Francisco Delgado Rosales mostra como, nestas épocas de crise, o Estado estaria interessado em demonstrar sua presença repressiva, em uma espécie de grande teatro do terrorismo oficial, que seria preventivo não propriamente de delitos, já que a repressão nunca se mostrou eficaz para prevenir delitos, mas sim de grandes conflitos sociais iminentes.⁴ Pense-se, hoje no Brasil, no crescente apelo a uma intervenção do Exército no combate à criminalidade, claro mas pouco percebido exemplo deste teatro preventivo de conflitos sociais transformadores.

A desumanidade e os riscos ao Estado de Direito, embutidos no apelo e no aplauso à maior repressão penal, são os acompanhantes necessários das campanhas de lei e ordem.

Em nome do desejado maior rigor penal, permite-se e incentiva-se o desvio

3. V. a respeito o art. de Dario Melossi, “El derecho como vocabulario de Motivos: Índices de Carcelación y Ciclo Político-Económico”, in *Poder y Control*, n. 3, Barcelona, PPU, 1987, pp. 49-64.

4. In *Inseguridad Ciudadana en Venezuela* (1983-1986). Una Perspectiva Crítica del Control Social, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1988.

inocente (...) Quanto mais aumenta a culpabilidade coletiva, mais seus encadeamentos são difusos, mais anônimas e invisíveis as suas fontes, mais se torna urgente levar o peso a indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis”.

de princípios inerentes ao Estado de Direito: produzem-se e aplicam-se leis, que, à semelhança das legislações excepcionais criadas para a repressão política das ditaduras, se caracterizam pela violação de princípios de um direito penal minimamente garantidor, pelo claro desrespeito a normas constitucionais, sem que sofram maiores questionamentos quer por parte da sociedade, quer por parte dos operadores jurídicos.⁵

A violência punitiva, exacerbada pelo clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da criminalidade, não se limita, porém, ao exercício do poder punitivo do Estado, expandindo-se para além da repressão formal do sistema penal (com seu, ainda que indireto, incentivo). Pense-se, também hoje no Brasil, nas toleradas e até aplaudidas manifestações da repressão informal, causadoras do genocídio silencioso e cotidiano de que são vítimas as crianças, adolescentes e adultos brasileiros, que, pobres, mal vestidos, não brancos, excluídos e marginalizados — tanto quanto os que recebem as penas impostas pelo sistema penal — são vistos como supostos criminosos ou suspeitos, “perigosos delinquentes” a ameaçar a tranquilidade e a segurança dos ditos “cidadãos de bem”.⁶

5. Um dos mais claros exemplos de leis desta natureza é a Lei 8.072/90 — a chamada lei dos crimes hediondos — que, mais do que ter sua aplicação inquestionada, costuma ter reivindicada sua extensão a outros delitos nela não contemplados.

6. Dados oficiais registram, somente em São Paulo, no período de 1982 a 1992 (incluindo os 111 presos mortos no massacre do Carandiru), 7.188 supostos criminosos ou suspeitos mortos pela Polícia Militar, elevado número que se torna ainda mais impressionante, quando se toma, p. ex., o ano de 1991, em que o número destes mortos pela Polícia Militar — 1.171 — chegou a atingir 1/4 do total de homicídios dolosos registrados naquele ano em São Paulo. Estatísticas divulgadas em relatório da “Human Rights Watch/Americas” apontam, ainda, 5.644

De outro lado e paralelamente às campanhas de lei e ordem, surgem ilusórias e ingênuas reivindicações de setores mais conscientes e progressistas, que, incapazes de perceber a natureza perversa, seletiva e opressora do sistema penal, se deixam seduzir por suas falsas soluções, pedindo a mesma reação punitiva em relação à criminalidade vinculada ao exercício abusivo do poder econômico e do poder político — a chamada criminalidade dourada.

Esquece-se que a posição política, social e econômica dos autores de tais condutas lhes dá imunidade à perseguição e à imposição da pena, ou, na melhor das hipóteses, lhes assegura um tratamento privilegiado por parte do sistema penal. A retirada da cobertura de invulnerabilidade dos membros das classes dominantes só se dá em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitem o sacrifício de um ou outro responsável por fatos desta natureza, que colida com o poder maior, a que já não sirva. Com frequência, quando chega a haver alguma punição, esta acaba recaindo sobre personagens subalternos.⁷

Não se percebem determinadas características básicas do sistema penal, que o tornam particularmente ineficaz no enfrentamento da criminalidade dourada. A própria idéia de crime está vinculada à criminalidade convencional, às ações individualizadas características das formas tradicionais de delitos dirigidos contra bens jurídicos individuais, que atraem maiores preocupações, entre outros fatores, porque são mais facilmente percebíveis, estando mais ligados à noção de

crianças e adolescentes mortos no Brasil, no período de 1988 a 1991, vítimas das diversas modalidades da repressão informal.

7. V. a respeito as observações de Zaffaroni, (op. cit., p. 113), a demonstrar que o fim da invulnerabilidade dos poderosos não seria menos utópico do que o fim do sistema penal.

segurança, que é vista de uma forma individualista.

Mas, fundamentalmente, o que se esquece é que os autores de condutas conflituosas ou socialmente negativas, definidas como crimes, que, sendo presos, processados ou condenados, vão ser identificados e, assim, vão passar a desempenhar o papel de criminosos, são objeto de uma seleção. E, vivendo-se numa sociedade capitalista, esta seleção, naturalmente, há que obedecer à sua regra básica, ou seja, a desigualdade na distribuição de bens: trata-se aqui de um atributo negativo — o *status* de criminoso — que, necessariamente, deve recair de forma preferencial sobre os membros das classes subalternizadas, da mesma forma que os bens e atributos positivos são preferencialmente distribuídos entre os membros das classes dominantes.

A excepcional imposição de pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum criminoso enriquecido e, assim, identificado como poderoso), na realidade, só serve para legitimar o sistema penal e ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução da desigualdade e da exclusão características da sociedade capitalista.⁸ Sendo a pena, em essência, manifestação de poder — e, no que nos diz respeito, poder de classe do Estado capitalista — é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder.

Ignorando esta essência da pena, desejando e aplaudindo as raríssimas prisões de um ou outro poderoso, até mesmo quando estas prisões se dão em detrimento de princípios garantidores inerentes ao Estado de Direito, os se-

tores mais conscientes e progressistas, com suas ilusórias e ingênuas reivindicações criminalizadoras, acabam por permitir o recrudescimento das campanhas de lei e ordem, indiretamente contribuindo para o avanço do perigoso processo de afastamento daqueles princípios garantidores essenciais à contenção da violência punitiva formal ou informal.

2. Aplicação da pena e controle da violência punitiva

Neste quadro de intensificação das campanhas de lei e ordem, de apelo e aplauso à repressão penal, mais urgente se torna a necessidade de uma nova atuação da Justiça Criminal, que, a partir de uma compreensão crítica da função judiciária e da democratização do exercício de tal função, caminhe na contra-mão do discurso e da prática dominantes, de forma a dar um conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva.

O momento da aplicação da pena (etapa do processo de criminalização secundária) é decisivo. A violência punitiva já se faz presente pela própria imposição deste instrumento de realização do poder punitivo do Estado, caracterizado pela irracionalidade e pela dor — aquele sofrimento órfão de racionalidade, que atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização. Mas, para além das consequências individuais, é, neste momento da aplicação da pena, que se dá uma das mais significativas atuações do sistema penal, em sua função de manutenção e reprodução do poder de classe do Estado, de manutenção e reprodução das relações de dominação e exclusão.

É com a aplicação da pena que formalmente se efetiva a distribuição do

8. Pense-se, p. ex., no sistema penal dos EUA, que, permitindo e divulgando algumas prisões de criminosos de “colarinho branco”, facilmente encobre sua realidade racista, sua verdadeira função de controlar e estigmatizar os excluídos da sociedade norte-americana.

status de criminoso,⁹ imposto àqueles indivíduos que, sendo condenados, notadamente à pena privativa de liberdade, passarão a ser oficialmente distinguidos dos demais, construindo-se e propagando-se a partir de seu perfil a imagem do criminoso e a conseqüente identificação dos perigosos, dos maus, dos inimigos. Seleccionados preferencial e necessariamente entre os membros das classes subalternizadas, são esses condenados separados de suas próprias classes de origem, que, voltando-se contra eles, têm desviada sua atenção de seus inimigos estruturais, sofrendo, por outro lado, o mesmo estigma que, a partir do perfil daqueles, leva à identificação de tais classes como classes perigosas.

Os mecanismos ideológicos e políticos que ocultam o caráter de classe do Estado capitalista atuam mais intensamente quando se trata do Poder Judiciário. A função judiciária aparece como o poder não-político do Estado, cuja atuação tem como principal característica a imparcialidade do juiz, como pessoa neutra, desinteressada do litígio, que se coloca numa posição superpartes e decide tecnicamente. A atuação determinada pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, característica das categorias pertencentes ao aparelho de Estado, se acentua no caso do Poder Judiciário, pois ao condicionamento decorrente desta sua integração ao aparelho de Estado, vêm se somar, de um lado, uma equivocada concepção de independência, a provocar o isolamento e o distanciamento do juiz, a torná-lo indiferente à dinâmica das lutas travadas na sociedade, às tensões que nela ocor-

rem, às divisões que nela se formam, e, de outro lado, a própria condição profissional, a idéia de alta função social, a fazer com que o juiz se veja ocupando uma posição considerada superior na sociedade, o que contribui para afastá-lo das classes subalternizadas e adotar mais fortemente como seus os valores e interesses das classes dominantes.¹⁰

Dar ao Direito Penal um conteúdo ético, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva, significa enfrentar estes condicionamentos políticos e ideológicos, superando o modelo do juiz "asséptico", robotizado, "escravo da lei", reproduzidor do discurso e da prática dominantes, para, em primeiro lugar, reconhecer e afirmar a inquestionável natureza política da atuação do Poder Judiciário: todo exercício de poder estatal tem conteúdo político.

Reconhecido este conteúdo político, podem-se definir objetivos, delineando-se o sentido do exercício do poder contido na função judiciária, de forma a direcioná-lo para um outro caminho, que o coloque a serviço da dignidade da pessoa humana, que o comprometa com as lutas pela transformação social, pela superação da desigualdade e da exclusão, conseqüentemente, tornando-o um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

A atuação da Justiça Criminal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena,¹¹ deve ser pautada por

9. Na realidade, a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva, bem como o próprio *status* de criminoso, já se manifestam antes mesmo da imposição formal da pena, a partir do simples contato com o sistema penal. O objetivo deste trabalho, porém, se limita ao exame de algumas questões relativas ao momento da aplicação da pena.

10. V. a respeito o ensaio de Roberto Bergalli, "Jueces e Intereses Sociales en Argentina", in *Crítica a La criminología*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 245-265.

11. Trabalham-se aqui com objetivos imediatos, compreendida a falta de poder das agências judiciais para abolir a reação punitiva e substituí-la por reais e menos perigosos mecanismos de solução de conflitos, sustentada por Zaffaroni, que mostra a atuação desejável e possível da Justiça Criminal, no momento presente, análoga

um exercício de poder que limite ao máximo os efeitos perversos, a intensidade e a extensão daquele irracional (e, já por isso, violento) instrumento de realização do poder punitivo do Estado.

Dar um conteúdo ético ao Direito Penal, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva, significa condicionar sua aplicação à sua função garantidora, entendidas as garantias penais como os princípios que servem para limitar a irracionalidade do exercício do poder punitivo. A autonomia relativa do Estado capitalista permite a incorporação de normas que positivam conquistas das classes subalternizadas, como ocorre com as normas consagradoras de direitos fundamentais, traduzidas em alguns princípios e regras constitucionais. Tais normas devem ter sua prevalência afirmada, superando-se o tradicional isolamento entre o enunciado geral dos princípios e regras constitucionais e sua aplicação aos casos concretos, superando-se as interpretações pouco desenvolvidas, presas a um acentuado positivismo jurídico, que acabam por atrelar o juiz ao direito infraconstitucional.¹²

A atuação política da Justiça Criminal, orientada no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e re-

dução da violência punitiva formal ou informal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, há que se direcionar fundamentalmente no sentido de dar aplicabilidade efetiva àquelas garantias penais, fazendo-as valer direta e imediatamente contra leis ordinárias e mecanismos outros que as negam ou restringem.

2.1 Aplicação da pena e princípio da culpabilidade

A constatação da impossibilidade de demonstração do conteúdo da culpabilidade, a partir da impossibilidade mesma de afirmação do que seria um seu pressuposto — o livre arbítrio (ainda que atenuadas as tradicionais concepções que supunham um homem de qualidades gerais absolutas, fora de tempo e lugar e, portanto, irreal e metafísico), trouxe grandes preocupações dogmáticas, levando a uma crise do conceito de culpabilidade, como fundamento e limite da pena, crise esta evidenciada nas tentativas de abandono de seu caráter de reprovabilidade (no sentido de poder atuar de outro modo) e de introdução em seu âmbito de critérios político-criminais de caráter eminentemente funcionalista.

As exigências de investigação da necessidade da pena, surgindo seja como um critério substitutivo da culpabilidade (o que não se compatibiliza com a garantia das liberdades individuais), seja como um critério adicional ao juízo de culpabilidade (o que traz um aspecto positivo, por poder se constituir em um limitador a mais ao poder punitivo), marcam basicamente esta crise.

Discutir e procurar saídas para esta crise não parece relevante, até porque, na realidade, o que aqui se manifesta é muito mais a própria crise de legitimação do Direito Penal, derivada da irracionalidade do poder punitivo do Estado.

Reconhecida esta irracionalidade, o que efetivamente importa na consideração do

Vermelha Internacional, que enfrenta limitações semelhantes, diante da mesma falta de poder para abolir a guerra (op. cit., pp. 239-242).

12. Como lembrou o Des. Alberto Silva Franco, em intervenção feita no Seminário "Operação mãos Limpas", promovido pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, em ag./93, em São Paulo, o "déficit interpretativo" que costuma se manifestar na prática das agências judiciais retira o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional, acabando por desprezar direitos fundamentais a dano do cidadão (v. a transcrição de sua intervenção no Boletim do IBCC n. 8, de set./93).

princípio da culpabilidade no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, dentro da busca de uma atuação política da Justiça Criminal que se pautar por um exercício de poder redutor da violência punitiva, é a afirmação de sua função garantidora, ou seja, a função de delimitar o poder punitivo do Estado, fixando parâmetros mais rígidos para sua intervenção.

Neste sentido, a culpabilidade, como juízo de reprovação que se faz ao autor pela prática do injusto, juízo este fundamentado na possibilidade exigível de motivação pela norma, ainda deve ser erigida como critério básico para a determinação da pena no caso concreto, determinação esta que envolve o trabalho jurisdicional de eleição da espécie de pena (quando se têm cominações alternativas), de sua graduação dentro dos limites legais e dos mecanismos de sua execução.

Naturalmente que, para exercer sua função garantidora, a culpabilidade só pode ser entendida como culpabilidade pelo fato realizado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), único entendimento, aliás, constitucionalmente admissível.

Vinculando-se à dignidade da pessoa humana — fundamento da República, consagrado no art. 1.º, inc. III da CF — o princípio da culpabilidade, como culpabilidade pelo fato realizado, deriva do próprio princípio da legalidade, que traz na necessidade de prévia e determinada descrição do fato punível o significado substancial de possibilitar o conhecimento da proibição de uma conduta, de forma a autorizar a exigibilidade de sua não realização.

Implicando no reconhecimento das capacidades de eleição entre valores e de atuação conforme um sentido valorante, o princípio da culpabilidade impede que se reprove alguém por uma eleição que não pode fazer ou que se o reprove quando não pode exercitar sua capacidade de eleição, pois tal reprovação seria

evidentemente lesiva à dignidade da pessoa humana.

A análise destas capacidades de eleição entre valores e de atuação conforme um sentido valorante, de uma forma concreta e não abstratamente baseada no livre arbítrio, implica na consideração das oportunidades e do espaço social dados ao agente como medida da exigibilidade de não realização da conduta proibida (o poder atuar de outro modo), reconhecendo-se, portanto, que àqueles que têm escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, por suas condições de subalternização, marginalização e exclusão, menos exigível é o comportamento conforme a norma, menor, portanto, devendo ser a reprovabilidade pela realização de condutas conflituosas ou socialmente negativas.

Diferenciando-se radicalmente da visão ligada à culpabilidade de autor (predominante na prática das agências judiciais), a concepção da culpabilidade pelo ato — repita-se, a única constitucionalmente admissível — impõe a consideração da personalidade do agente tão somente no que se refere ao fato realizado, implicando unicamente na investigação do maior ou menor âmbito de autodeterminação que esta personalidade, determinada por circunstâncias diversas, lhe deixou para atuar de outro modo.

Adicionando-se à personalidade, os antecedentes, conduta social, e motivação, circunstâncias que estabelece a regra do art. 59 do CP devam ser consideradas na determinação da pena, têm, como aquela, estreita relação com a culpabilidade, devendo assim também ser vistas em sua repercussão no âmbito de autodeterminação do agente na realização da conduta proibida, a tornar mais ou menos exigível o atuar de forma diversa.

Uma nova atuação da Justiça Criminal, que rompa com a prática pautada pela razão e pela lógica do poder de classe do Estado, há que romper com a tendência dominante que se manifesta na aná-

lise destas circunstâncias. Ao contrário do que se costuma considerar, circunstâncias como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, ou o anterior contato com o sistema penal, visto como evidenciadores de má conduta social ou de maus antecedentes, a exigir pena maior, constituem-se, na realidade, em circunstâncias que, tornando mais escassos o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, fazem menos exigível o comportamento conforme a norma, conseqüentemente impondo uma menor medida da pena, correspondente à menor culpabilidade pelo ato realizado.

Não se está, aqui, avançando no sentido de propor a adoção da culpabilidade pela vulnerabilidade.¹³ Certamente, seria demasiado, diante da constatação de que a prática dominante das agências judiciais no Brasil, neste tema da aplicação da pena, sequer conseguiu se desvencilhar de uma notória, embora não explicitamente admitida, adesão à autoritária e constitucionalmente incompatível concepção da culpabilidade como culpabilidade de autor.

Aqui se postula apenas uma nova atuação da Justiça Criminal, ainda nos limites de um Direito Penal liberal, limites estes que, em nome do generalizado desejo de punição, da ilusória e perversa obsessão pela segurança, parecem cada vez mais distante. Aqui se postula apenas uma nova atuação da Justiça Criminal orientada para a aplicabilidade efetiva das garantias penais constitucionalmente asseguradas, o que já se constituiria em enorme avanço no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação,

controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

2.2 Aplicação da pena e reincidência

O princípio da legalidade, como o princípio da culpabilidade dele derivado, assentados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1.º, inc. III da CF), impõem a afirmação de que se torna insustentável a manutenção do instituto da reincidência, quer para o fim de agravamento da pena, quer em seus efeitos de impedir a substituição da pena privativa de liberdade ou a suspensão condicional de sua execução, em crimes de tipos dolosos, e impor o cumprimento inicial daquela pena em regime fechado.

A inclusão da reincidência entre as circunstâncias que agravam a pena aplicável já se contradiz com a própria essência da categoria em que se inclui: não dizendo respeito ao fato examinado, não pode a reiteração delitiva ser entendida como uma circunstância, que significa uma particularidade, um acidente, a acompanhar determinado fato ou situação.

Nenhum dos argumentos, que procuram fundamentar o instituto da reincidência, consegue esconder sua irracionalidade, seu comprometimento com o autoritarismo, sua incompatibilidade com princípios inerentes a um Estado de Direito.

Tentando dar roupagem mais elaborada a tal fundamentação, a teoria da duplicidade de normas, segundo a qual todo tipo teria duas normas — uma que proíbe a conduta típica e outra que impõe a abstenção de cometer outros delitos no futuro — além de não conseguir esconder seu artificialismo, deixa claro seu parentesco com doutrinas de segurança nacional. Cria-se um segundo bem jurídico traduzido na mera vontade estatal, em um autoritário suposto direito do Estado à obediência, a evidenciar a

13. Sobre a culpabilidade pela vulnerabilidade, superando e abarcando a culpabilidade pelo injusto, proposta por Zaffaroni como limite para a legitimidade da resposta criminalizante das agências judiciais, veja-se sua exposição às pp. 264-288 da obra já aqui citada.

manifesta inviabilidade de sua convivência com um Estado de Direito.

As concepções tradicionais, mais frequentemente acenadas na tentativa de fundamentação da reincidência, sustentando que condenações anteriores devem ser consideradas como agravantes, por se expressar na reiteração delitiva "uma elevação da intensidade criminosa", "uma acentuada inimizade com o Direito", "um desprezo permanente contra os bens jurídicos", a agravar a culpabilidade, trazem, em sua adesão à culpabilidade de autor, a pretensão de estabelecer a reprovabilidade não sobre a conduta, mas sobre a pessoa do agente, punindo-o pelo que é e não pelo que fez, reduzindo, assim, o delito a um sintoma da personalidade e fazendo com que sua repressão recaia sobre esta personalidade.

Como também tradicional caminho positivista que aponta para uma maior periculosidade do reincidente, estes argumentos que giram em torno do maior grau de culpabilidade, rompem com o próprio princípio da igualdade.

A afirmação de periculosidade, além de, em última análise, não passar de uma ficção, implica numa classificação das pessoas, em que se distinguem entre "perigosos" e "não-perigosos", uns superiores e outros inferiores, a receber distintos tratamentos. E o princípio da igualdade, vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana, impede tal distinção, igualmente impedindo regras discriminatórias.

A dignidade é um valor concreto atribuído a todo ser humano, estendendo-se a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* jurídico (não-delinquente ou delinquente, reincidente ou primário). Não pode, assim, no momento da aplicação da pena, o autor de um determinado fato ser visto de forma desigual ao autor de fato análogo, impondo-se a ele a posição de inferior, porque supostamente "perigoso", ou dando-lhe um tratamento distinto, porque apresentaria um traço dife-

rente em sua personalidade.

Nenhuma pena pode ser imposta pelo que se é. Quando o Estado pretende julgar o ser de um homem, como ocorre quando se faz qualquer concessão à culpabilidade de autor, a dignidade da pessoa humana está irremediavelmente violada, quebrando-se a intangibilidade da consciência moral desta pessoa.

Mas, além disso, é manifesta a desvinculação com a realidade destas concepções tradicionais da reincidência, que apelam para a não consideração de uma suposta função de advertência das condenações anteriores, pelo agente que, voltando a delinquir, estaria apresentando aquele traço diferente em sua personalidade, a evidenciar "sua inimizade com o Direito", a demonstrar uma motivação mais fortemente contrária à norma. Advertindo para a influência predominantemente negativa em geral exercida pela execução das penas privativas de liberdade, Stratenwerth lembra as palavras de Henke, que, há mais de 150 anos, se levantava contra os clichês, já utilizados naquela época, de que a reincidência demonstraria "uma grande obstinação contra a lei", mostrando que o papel do próprio estabelecimento penal, onde frequentemente o preso piora ao invés de melhorar, e a situação de abandono em que, em regra geral, se vê ao ser posto em liberdade, deveriam ser seriamente consideradas.¹⁴

Na realidade, os argumentos em que se baseiam as concepções tradicionais, para apontar o maior grau de culpabilidade do reincidente, contradizem as próprias finalidades, que seus defensores costumam atribuir à pena: se, com o cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma,

14. "Culpabilidad por el Hecho y Medida de la Pena", in *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 59-60.

o que se demonstra é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência nesta mesma reação punitiva.

De fato, é a própria reação punitiva, poderoso fator de influência no comportamento futuro daqueles que sofrem a imposição da pena: quanto mais reiterado o contato com o sistema penal, maior o impulso do processo de criminalização, que acaba por se tornar irreversível. A intervenção do sistema penal, com seus efeitos deteriorantes e estigmatizantes, fixa papéis criminais e condiciona o comportamento futuro daqueles que, presos, processados ou condenados, vão desempenhar este papel de criminoso.

Como mostra Zaffaroni, em Relatório apresentado, como representante da AIDP, no Encontro das Quatro Grandes Associações, por ocasião do Congresso de Prevenção do Delito das Nações Unidas, realizado em Havana, em 1990,¹⁵ o suposto maior dano político ou mediato do segundo delito, a presumida maior probabilidade de um novo delito ou a pretensa maior perversão da personalidade do autor reincidente, na realidade, poderiam ser atribuídos ao próprio Estado, enquanto efeitos da intervenção punitiva anterior, de forma que o que poderia sim haver na reincidência, seria, em geral, uma menor culpabilidade, em função da redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado.

Mais importante, porém, é que nenhum dos argumentos levantados na tentativa de fundamentação da reincidência consegue se sobrepor ao fato incontestável de que o agravamento da pena de um delito

(seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), em função de um outro delito anteriormente praticado e pelo qual seu autor já foi apenado, constitui uma aberta violação do princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Esta proibição de dupla valoração fática, que constitui o clássico princípio do *ne bis in idem*, sustenta-se no próprio princípio da legalidade, que, trazendo em seu conteúdo também a finalidade de garantir uma segurança jurídica concreta, não pode conviver com formulações normativas que levem em conta, por mais de uma vez, um mesmo pressuposto fático.¹⁶

Nada mais sendo do que uma nova reprovação ao delito anterior, a aplicação do *plus* de gravidade da pena (seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), decorrente do reconhecimento da reincidência, constitui intolerável afastamento de princípios e regras constitucionais, devendo, assim, ser rechaçado numa nova atuação da Justiça Criminal, pautada por um exercício de poder que faça do exercício da função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva.

Como ressalta Zaffaroni, no Relatório citado:

“Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num *bis in idem*; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da

15. O texto deste Relatório está publicado, sob o tít. “Reincidência: Um Conceito do Direito Penal Autoritário”, no *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 6 (Instituto de Estudos Jurídicos, Rio, 1993, pp. 49-60).

16. V. a respeito do princípio do *ne bis in idem* nota de Alberto Silva Franco sobre os novos significados do princípio da legalidade, in *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1994, pp. 29-30.

comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus humanistas; um instituto como este *deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal*" (grifos no original).

2.3 Aplicação da pena e regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

A determinação da pena no caso concreto envolve, como já mencionado, além da eleição da espécie de pena (quando se têm cominações alternativas) e de sua graduação dentro dos limites legais, a indicação dos mecanismos de sua execução.

A reforma da Parte Geral de nosso Código Penal, introduzida em 1984, alargando as possibilidades de incidência dos regimes aberto e semi-aberto, ao disciplinar os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, manteve, porém, a — pelo acima exposto — insustentável regra que dispõe que o reincidente, qualquer que seja a quantidade da pena imposta, deverá sempre se submeter à sua execução inicial em regime fechado. Aqui, além das objeções já formuladas, vale indagar qual seria a lógica que impõe a equivalência da situação de alguém condenado mais de uma vez, p. ex., por furto simples (delito cuja escassa lesividade só pode ser negada por quem assumidamente defenda a proteção à propriedade privada como objetivo maior da lei penal) como a de alguém condenado por um homicídio qualificado, que, necessariamente recebendo pena superior a 8 anos de reclusão, igualmente terá que cumprir tal pena, de início, em regime fechado?¹⁷

17. V. a esse respeito as observações de Alberto Silva Franco em seu trabalho "Penas Privativas de Liberdade", in *Temas de Direito Penal-Breves Anotações sobre a Lei n. 7.209/84*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 118.

De todo modo, mesmo este limitado avanço trazido com a reforma de 1984 sempre enfrentou a resistência das agências judiciais aos regimes mais brandos, fazendo com que a imposição do regime fechado continuasse a ser a regra, a sustentar uma prática reforçadora da prisão como centro do sistema penal. O Censo Penitenciário, realizado no Estado do Rio de Janeiro, quase 4 anos depois da reforma da Parte Geral do CP, constatou que, não obstante 46,2% dos apenados fossem primários e mais da metade do total de internos (56,8%) tivessem recebido condenações a penas inferiores a 8 anos, 84,6% da população carcerária do Estado do Rio de Janeiro cumpria suas penas em regime fechado, cuja maior nocividade na afirmação dos efeitos do encarceramento, da deterioração e do estigma é evidente.

A esta tendência da Justiça Criminal de impor punições desmedidas, ignorando a necessária vinculação dos mecanismos de execução da pena aos mesmos critérios que presidem os demais momentos da determinação da pena, veio se somar tendência legislativa, que, acompanhando a intensificação das campanhas de lei e ordem, produziu a Lei 8.072/90 e, com ela, a regra contida em seu art. 2.º, § 1.º que estabeleceu, para os crimes ali etiquetados de hediondos e os a eles assemelhados, a obrigatoriedade do integral cumprimento da pena em regime fechado.

Não obstante entendimento de corrente majoritária no STF, é clara a inconstitucionalidade de tal regra. Naturalmente, aquele entendimento majoritário não deve impedir, mas, ao contrário, estimular o questionamento da matéria, até porque nele refletido o já aqui mencionado "déficit interpretativo" que, retirando o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional, acaba por desprezar direitos fundamentais, reforçando a irracionalidade do poder punitivo do Estado.

Baseou-se aquele entendimento no argumento de que, deferindo a norma constitucional ao legislador ordinário a regulamentação dos crimes nela definidos como hediondos e competindo à lei ordinária fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena, não quis o legislador deixar, em relação aos crimes hediondos, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

O legislador ordinário pode até não ter querido — como, de fato, não quis — deixar ao juiz qualquer discricionariedade na fixação do regime prisional, em relação aos crimes etiquetados de hediondos e nos a eles assemelhados. Entretanto, assim não poderia agir. Tanto quanto as demais entidades públicas, está o legislador vinculado aos princípios e regras constitucionais. E, elevado o princípio da individualização da pena ao patamar de garantia constitucional (art. 5.º, inc. XLVI da CF), impossível se torna a imposição pelo legislador ordinário de regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, vedando a progressividade em sua execução.

O princípio da individualização da pena é garantia constitucional, que consolida direito fundamental do cidadão, relacionando-se com a tutela da liberdade individual, não podendo, assim, o legislador ordinário criar regra que obste a efetiva realização daquele princípio, pois a ele não se autoriza a restrição do conteúdo de direitos fundamentais.

Não pode haver dúvida de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, como a progressão no curso de sua execução, constituem aspectos essenciais de concretização do princípio individualizador, que se relaciona com o próprio princípio da legalidade, em sua função de garantia penal. O alcance do princípio da

legalidade se estende por toda a repressão penal, desde o primeiro momento em que o aparelho repressivo se movimenta até o momento em que a reação punitiva é concretamente executada. Como mostra Alberto Silva Franco,¹⁸ na função de garantia penal, a observância do princípio da legalidade traz a exigência de explicitação da quantidade de pena que, além de ser em concreto individualizada, deve sempre ser devidamente motivada, exigência esta de motivação que, por si, já não encontra compatibilidade com restrições genéricas e absolutas, em desconsideração às circunstâncias do caso concreto.

É exatamente em sua execução que a pena irá se ajustar mais concretamente à pessoa do condenado, encontrando aí seu mais significativo momento de particularização. A forma em que se desenvolve esta execução, quer a adotada de início, que a modificada em virtude da progressão, é, certamente, meio fundamental de realização do processo individualizador.

Nossa própria lei penal ratifica a afirmação de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é um dos aspectos fundamentais do princípio individualizador, ao remetê-la às mesmas circunstâncias que impõe sejam consideradas na determinação da natureza e da pena aplicável ao condenado (arts. 33, § 3.º e 59, inc. III do CP). Não bastasse isso, diz-se textualmente na Exposição de Motivos da Parte Geral do CP, que “cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório”.¹⁹

18. Consulte-se seu trabalho “A Jurisdicionalização da Execução Penal”, in *Temas...*, op. cit., pp. 95-106.

19. Lei 7.209/84 — *Exposição de Motivos*, item 50.

Mas, mais além do “déficit interpretativo”, a negar a clara inconstitucionalidade da regra que impõe a obrigatoriedade do regime fechado para o cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas aos condenados por crimes etiquetados de hediondos ou a eles assemelhados, tornam-se cada vez mais comuns pronunciamentos, em que, se sobrepondo ao próprio legislador ordinário, as agências judiciais explicitamente afirmam a impossibilidade de fixação dos regimes mais brandos, quando se acham diante de determinados delitos, que, sem qualquer base fática ou legal, consideram mais graves. Tal arbitrária e perigosa tendência, que, em relação ao delito de tráfico de drogas, existia antes mesmo da vigência da Lei 8.072/90, passa a se manifestar em relação ao delito de roubo, sob os argumentos de que se trata de crime grave, fazendo presumir a periculosidade do agente, e de que a sociedade se encontra alarmada com tal modalidade de criminalidade, que, assim, deve ser reprimida de forma mais severa, esquecendo-se, entre outras coisas, que a gravidade e a repressão a determinado delito são questões já consideradas pelo legislador, ao estabelecer as penas abstratamente cominadas.

A nocividade do encarceramento, da deterioração e do estigma, tanto mais presente quanto mais rigoroso o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda encontra campo propício para sua expansão na inércia e no desinteresse do Estado em criar condições objetivas para a concretização dos regimes mais brandos previstos na legislação.

Não obstante pareça cristalina a ilegalidade de uma situação em que se subtrai a alguém um direito, porque aquele que deve fornecer as condições para a concretização deste direito não as viabiliza, tal ilegalidade não é reconhecida quando se trata do direito do condenado a um regime mais brando, que deixa de se realizar por inexistência dos

estabelecimentos adequados legalmente previstos.

A exclusão da possibilidade de se colocar o apenado em situação mais favorável, quando inexistente estabelecimento adequado ao cumprimento da pena do regime fixado na sentença ou no regime a que o mesmo tenha direito em virtude da progressão, entendimento já adotado no STF, ainda que por escassa maioria, não se compatibiliza com a necessária incidência do princípio da legalidade, que, como já mencionado, se estende a toda a repressão penal, inclusive ao momento em que a reação punitiva é concretamente executada.

Suprimir garantias do condenado na execução da pena significa violar o princípio da legalidade. A forma de execução da pena há que obedecer ao que dispõe a lei concretizada em sua aplicação, sendo inaceitável que, por falta de meios que cabe ao Estado providenciar, se agravem as restrições inerentes à pena como imposta, desvirtuando-se seu conteúdo. Prevendo a lei que, atendidos determinados requisitos, tem o condenado o direito de cumprir a pena privativa de liberdade, p. ex., em regime aberto e assim sendo reconhecido tal direito por pronunciamento judicial, tem, conseqüentemente aquele condenado, em face do princípio da legalidade, a garantia de que a execução da pena que lhe foi imposta se fará de acordo com as regras que regem aquele regime, não podendo tal cumprimento se fazer em estabelecimento outro que não o que atenda às características legalmente identificadoras de uma casa de albergado. Se tal estabelecimento não existe, não pode o Estado transformar o conteúdo da pena imposta, para agravar as condições estabelecidas para seu cumprimento.

Se já é inaceitável que o Estado deixe de cumprir a lei que determinou a criação de casas de albergado para a concretização do regime aberto, muito mais inaceitável

é que se pretenda suprir tal descumprimento da lei, mediante o sacrifício do direito do condenado de ter acesso a condições mais favoráveis para o cumprimento da pena que lhe foi imposta, condições essas que a lei lhe garante. Se é o Estado quem deixa de cumprir a lei que determinou a criação de casas de albergado para a concretização do regime aberto, é este mesmo Estado quem tem que arcar com as conseqüências de tal descumprimento, visualizando-se como única solução compatível com o respeito aos direitos e garantias individuais a transformação do regime aberto em prisão domiciliar.

Ainda que a LP estabeleça, em seu art. 117, restrições para o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular (estabelecendo que tal recolhimento só será admitido, no caso de condenados maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, gestantes, ou com filho menor ou deficiente), é esta a solução que se impõe, representando tal alternativa de concretização do regime aberto a mais próxima da que seria a legalmente adequada. O que, de modo nenhum, pode subsistir, por violar a garantia de legalidade na execução, é a opção pelo regime mais rigoroso de cumprimento da pena. Entre as exigências de realização do poder punitivo do Estado e o respeito às garantias do cidadão, não pode haver dúvida de que, tratando-se de um Estado de Direito, são as garantias do cidadão as que devem prevalecer.

3. Conclusão

Certamente, muitas outras questões mereceriam ser objeto de análise no tema proposta neste trabalho. O decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena é campo bastante amplo, que não poderia se esgotar nos limites que aqui se impõem. Foram, assim, privilegiados

apenas alguns pontos, mais presentes no cotidiano da atuação da Justiça Criminal e, por isso mesmo, de relevante significado para a discussão de um novo direcionamento do exercício do poder contido na função judiciária.

A estrita vinculação com o princípio da culpabilidade, entendido, sem quaisquer concessões, na concepção de culpabilidade pelo ato, como critério básico para a determinação da pena no caso concreto; o necessário reconhecimento de que as condições de subalternização, marginalização e exclusão, especialmente as provocadas pelo próprio contato com o sistema penal, reduzindo o espaço social e as oportunidades de viver dignamente, tornam menos reprováveis as condutas conflituosas ou socialmente negativas dos que a tais condições são submetidos; o imperativo abandono do instituto da reincidência como razão de agravamento da pena, seja na quantidade, seja na forma de seu cumprimento; o rechaço dos mecanismos legais, políticos e ideológicos que negam ou restringem a efetivação de regimes mais brandos de execução da pena privativa de liberdade — aqui se têm pontos básicos para uma nova atuação da Justiça Criminal, que, caminhando na contramão do discurso e da prática dominantes, possa efetivamente torná-la um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal.

A democratização do exercício do poder contido na função judiciária implica em uma opção política de compromisso com a superação da história de desigualdade e exclusão, que caracteriza a sociedade brasileira. A materialização de um tal compromisso necessariamente passa por esta nova atuação da Justiça Criminal, que, voltada para a contenção da violência punitiva, se torne uma atuação de repúdio ao discurso mistificador e perverso de lei e ordem, de

apelo a penas mais rigorosas, de aplauso à repressão e ao castigo, uma atuação que, reafirmando sempre a necessidade de resgatar e fazer prevalecer os princípios de um Direito Penal garantidor, como necessidade mesma de preserva-

ção do Estado de Direito, se constitua em um passo no sentido do rompimento com a irracionalidade da reação punitiva, se constitua em um passo no sentido do rompimento com a cruel fantasia que sustenta o sistema penal.

DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

Advogada criminal. Mestre e Doutoranda em Direito Processual
Penal pela Universidade de São Paulo

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Advogado criminal e Mestrando em Direito Processual
Penal pela Universidade de São Paulo

1. Introdução — 2. O direito ao silêncio no direito comparado — 3. O direito ao silêncio no direito brasileiro; 3.1. Direito ao silêncio — Conceito; 3.2 As limitações ao exercício do direito ao silêncio no interrogatório; 3.3 A valoração negativa como obstáculo ao pleno exercício do direito ao silêncio — 4. Do exercício do direito ao silêncio; 4.1 Prisão em flagrante e direito ao silêncio; 4.1.1 O interrogatório no flagrante; 4.1.2 Consequências do desrespeito ao preceito constitucional no inquérito policial; 4.2 Interrogatório judicial e Direito ao Silêncio; 4.2.1 Conteúdo do Interrogatório; 4.2.2 O direito ao silêncio no interrogatório judicial — 5. Conclusões — 6. Bibliografia.

“Há, no homem, um *território indevassável* que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe *sacrilégio*”.

(Serrano Neves — *O Direito de Calar*. São Paulo, Freitas Bastos, 1960, p. 151).

1. Introdução

O conhecido adágio popular “quem cala consente”, pode encontrar certa ressonância nas normas de direito privado, mormente na esfera dos contratos, em que a manifestação tácita da vontade é, em geral, permitida (art. 1.079 do CC).¹

1. Os romanos afirmavam, por sua vez, que “quem cala nem sempre consente; mas é verdade que não nega”, cf. Digesto, 50, 17, 142, cit. por Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano, *Manual de Direito Romano*. 5.ª ed., RJ, Série Cadernos Didáticos, s/d, p. 63.

No campo processual penal, contudo, não há como se admitir, atualmente, em nossa legislação, que o silêncio do indiciado, ou acusado, possa implicar o reconhecimento da imputação, como veremos no decorrer deste trabalho. Calar “não significa confessar nem admitir a imputação. Também não significa não ter respostas, mas tão-somente não querer fazer uso de uma faculdade processual, por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízos”.²

2. Cf. Sandeville, Lorete Garcia. “O Direito ao Silêncio”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991, 36/241.

A evolução do princípio consagrado na expressão *nemo tenetur se detegere*³ se insere na problemática crucial do processo penal, qual seja, o confronto entre a defesa social e os direitos fundamentais do imputado.

Assim é que, desde a época em que responder ao interrogatório era obrigação do acusado, até os dias de hoje, em que se lhe permite permanecer calado, sem que disso resulte prejuízo a ele ou à sua defesa, um longo caminho foi percorrido, passando, inclusive, por período em que o direito ao silêncio foi equiparado à confissão tácita, carreando-se ao imputado um verdadeiro *onus probandi*.

É claro que as posições adotadas no decorrer do tempo nada mais revelam do que posturas político-ideológicas de suas eras, ora se priorizando o interesse social, ora o individual, o que levou à aplicação do princípio, ora de maneira mais moderada, ora mais inflexível.

Atualmente, em nosso país, convivemos com um ordenamento jurídico híbrido, no qual se vislumbra tanto o reconhecimento expresso do direito ao silêncio (inc. LXIII do art. 5.º da CF/88) quanto o, não menos expresso, prejuízo que o depoente sofre por exercer aquele direito (arts. 186 e 198 do CPP/41).

Como interpretar e reinterpretar estes dispositivos, estabelecendo-lhes os contornos, a coexistência, a extensão e a profundidade, é o que nos propomos no presente trabalho.

2. O direito ao silêncio no direito comparado

O *nemo tenetur se accusare*, no sistema inglês, nasceu sob a fórmula do *privilege against self-incrimination*, e foi

3. Outras fórmulas latinas também são empregadas para exprimi-lo: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur degetere turpidunem suam*, *nemo testis se ipsum*.

solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641. Em 1898, o *Criminal Evidence Act* reconheceu ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente, mas se lhe assegurou, também, o direito de ser ouvido como testemunha de defesa, sob juramento e sujeito aos riscos da *cross examination*. Isso significa que, no sistema inglês, o acusado só pode ser interrogado em audiência e quando queira depor sob juramento para defender a sua causa.

A opção do juramento, contudo, retirou, sob o plano substancial, parte do valor originário da garantia, porque, de certa forma, diminuiu a credibilidade das declarações feitas informalmente em juízo.⁴

Não muito diversa é a situação do sistema norte-americano. Embora conserve ele o depoimento do acusado, sob juramento, como testemunha de defesa, a V Emenda Constitucional deu consagração plena ao *privilege against self-incrimination*, e a jurisprudência ampliou-lhe o significado: o acusado tem o direito de não responder a perguntas impertinentes ou abusivas; a acusação não pode comentar a preferência pelo silêncio do acusado; o juiz não pode instruir os jurados a respeito de qualquer conotação do silêncio.

De qualquer forma, assevera Grevi que “o *privilege against self-incrimination* representa uma garantia defensiva fundamental, que ilumina, por si, todo o sistema processual norte-americano: o princípio segundo o qual ninguém poderá ser obrigado, em qualquer causa penal, a depor contra si mesmo, deve referir-

4. Cf. Grevi, Vittorio *Nemo Tenetur se Detegere*, Milano, Giuffrè, pp. 79-80. No mesmo sentido: Grinover, Ada Pellegrini, “Interrogatório do réu e direito ao silêncio”. *Ciência Penal*, 3(1), p. 25 e Altavilla, Enrico, *Psicologia Judiciária*, II-10, Coimbra, Arménio Amado, 1982.

se não só aos procedimentos federais, mas também a todos os procedimentos que se desenvolvem perante os órgãos jurisdicionais de cada um dos estados".⁵

Os países de direito não anglo-saxão só viram o princípio ser inserido em suas legislações com a França, a partir da Lei de 8.12.1897, que, em seu art. 3.º, estabelecia que "logo na primeira apresentação do acusado, o magistrado deve lhe dar a conhecer os fatos que lhe são atribuídos e receber as suas declarações, depois de avisá-lo que pode ou não fazê-las".⁶

Na Itália, o *nemo tenetur* foi adotado pelo CPP de 1930, porém de maneira tímida e limitada, podendo o silêncio ser valorado como indício de culpa. O princípio só se tornou inteiramente eficaz em todas as fases procedimentais, inclusive inquérito policial, em 1965 e 1969, com as alterações introduzidas na legislação processual penal,⁷ as quais acabaram reproduzidas, em sua essência, no Código em vigor.

Portugal também agasalha, em plenitude, o direito ao silêncio, estabelecendo o dever de responder somente às perguntas relativas à identidade e aos antecedentes do acusado.⁸

5. Cf. Grevi, Vittorio *Nemo tenetur...* op. cit., p. 83. No mesmo sentido: Grinover, Ada Pellegrini, *Interrogatório...* cit., p. 24.

6. Cf. Altavilla, Enrico *Psicologia...* op. cit., p. 11; Grevi, Vittorio, *Nemo tenetur...* op. cit., p. 92.

7. Cf. Grinover, Ada Pellegrini *Interrogatório...* cit., p. 25.

8. No sentido de não permitir o silêncio no momento da qualificação o novo CPP português é expresso (art. 141, 3: "O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e conselho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, número de documento oficial que permita a identificação, se já esteve alguma vez preso, quando e porquê e se foi ou não condenado e por que crimes. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade da mesma o

Os Pactos Internacionais, da segunda metade deste século, incorporam uma fórmula análoga àquela empregada na V Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos; assim foi no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.66, que assegura a "cada indivíduo acusado de um crime", entre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, aquela de "não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado" (art. 14, incs. II e III, g).

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22.11.69, e em vigor para o Brasil desde 25.9.92, assegura "a toda pessoa acusada de delito", entre outras garantias mínimas, "o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada" (art. 8.º inc. II, g).

3. O direito ao silêncio no direito brasileiro

Nosso ordenamento processual penal, datado de 1941, foi elaborado sob o influxo das idéias positivistas emergentes no final do século passado e início deste, que propugnavam pela prevalência dos interesses repressivos do Estado (ou, como denominavam, da "defesa social") sobre os interesses individuais fundamentais.⁹

pode fazer incorrer em responsabilidade penal").

9. Estes ideais positivistas vêm expressos no item II da Exposição de Motivos do Código: "Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. ... É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*". Note-se que o fato de nosso ordenamento acolher, mesmo que de forma

A Constituição Brasileira em vigor, datada de 1988, inspirou-se em ideais democráticos, nos quais as liberdades públicas¹⁰ têm presença marcante e constituem limitações impostas ao próprio Poder Estatal.

O choque entre estes dois ordenamentos — constitucional democrático e processual autoritário — se revela, diariamente, em vários institutos processuais. Um destes importantes institutos é o direito ao silêncio.

Assim é que, enquanto o artigo 5.º, inc. LXIII, da CF, assegura que “o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (nosso destaque), o art. 186 do CPP dispõe que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”

restrita, *o in dubio pro reo*, não lhe retira a marcante coloração autoritária já que, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho, “*o in dubio pro reo* é postulado comum a todos os sistemas processuais, pois a condenação de inocentes não traz proveito algum; exemplo disso são as fórmulas de absolvição por insuficiência de provas consagradas em estatutos processuais de nítida inspiração autoritária, como o italiano de 1931 e o brasileiro de 1941”, in *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 39.

10. Liberdades públicas são o conjunto de poderes de autodeterminação (negativos e positivos), reconhecidos e garantidos pelo *ius positum*, que tornam o indivíduo um ser capaz de ter e exigir a concretização de seus direitos frente ao Estado. Pela prevalência do termo liberdades públicas e sua semelhança com as expressões direitos fundamentais, direitos do homem, dentre outros ver Grinover, Ada Pellegrini, “*Liberdades Públicas e Processo Penal. (As Interceptações Telefônicas)*”, São Paulo, RT, 1982, p. 3 e Ferreira Filho, Manoel Gonçalves *et alii*, *Liberdades Públicas. Parte Geral*, S. Paulo, Saraiva, 1978, pp. 5 e ss.

(nosso destaque), permitindo o art. 198 que o silêncio constitua para o juiz elemento de convicção.

Ora, como bem ressaltou Ada Pellegrini Grinover,¹¹ fazer do silêncio do acusado elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa, significa valorá-lo como indício de culpa, o que conflita com a “presunção de inocência” consagrada, tanto no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU, quer pelo art. 8.º inc. 2, g, da Constituição Americana, como pela nossa Constituição em vigor, sem se falar que o processo penal não reconhece a existência de presunções contra o acusado.

Certo é, ainda, que, embora a Constituição em vigor tenha assegurado, no art. 5.º, inc. LXIII, o direito ao silêncio apenas ao preso, negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento.

A interpretação do preceito constitucional só permite um entendimento: “o legislador teve apenas sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer, que ao indiciado ou ao acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa que é o interrogatório”.¹²

3.1 Direito ao silêncio — conceito

O direito ao silêncio insere-se, no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade.

11. In *Interrogatório...* cit., p. 29.

12. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *As Nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992, p. 67.

O direito à intimidade, ensina Paulo José da Costa Júnior,¹³ “é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. *Diritto alla riservatezza*, portanto, não é o direito de ser reservado, ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera”.

Sustentam alguns autores que os direitos da personalidade, por serem essenciais, “são direitos inatos, inerentes a cada pessoa que, como tal, nascem providas desse bem, que consiste em, querendo, subtrair-se à publicidade para recolher-se na própria reserva”,¹⁴ sustentando, a propósito, Serrano Neves,¹⁵ que “há um princípio de direito natural que se sobrepõe a todos os métodos e sistemas de repressão penal: é o do domínio, pelo homem, do sagrado e indevassável recinto da consciência”.

O direito ao silêncio, no plano do processo penal, é entendido por Rogério

Lauria Tucci¹⁶ “como a proteção, constitucionalmente assegurada, contra a auto-incriminação, de sorte a não se poder concluir desfavoravelmente ao interrogando, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo”.

O direito ao silêncio se insere na regra do devido processo legal, em suas garantias do exercício da ampla defesa, do contraditório real e da chamada “presunção” de inocência.

Sem dúvida, o direito em tela integra a autodefesa do incriminado, consubstanciada no direito de audiência: tem ele o direito de fornecer subsídios à defesa técnica, mas, como é dispensável e renunciável, pode, também, como forma de defesa, preferir o silêncio.

Como bem asseverado por Ada Pellegrini Grinover,¹⁷ “o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder”.

À autodefesa soma-se a defesa técnica, na medida em que o silêncio pode re-

13. Costa Júnior, Paulo José da, *Tutela Penal da Intimidade*, Tese para concurso à cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970, pp. 39-40.

14. Cf. de Cupis. *I diritti della personalità*, 1973, pp. 15 e ss.; Giacobbe — “Brevi note su una dibattuta questione: esiste il diritto alla riservatezza? in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 1.815, ambos os autores *apud* Paulo José da Costa Júnior, *Tutela Penal...* cit., p. 48. O primeiro autor, conforme leciona Grinover, Ada Pellegrini, *Liberdades Públicas e Processo Penal*. S. Paulo, Saraiva, 1976, p. 97, afirma que “alguns direitos são conferidos pelo ordenamento positivo ao indivíduo, pelo simples fato de ser ele provido de personalidade, independentemente da verificação de determinada *fattispecie*”.

15. Neves, Serrano. *O Direito de Calar...* op. cit., p. 11.

16. In parecer fornecido por solicitação dos advogados Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior, acerca da situação processual de um cliente seu perante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, 1992, p. 39.

17. In *Interrogatório do Réu...* cit., p. 21, e, também, *O Processo em sua Unidade*, S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 100.

sultar de orientação técnica do defensor, como alternativa e estratégia de defesa.¹⁸

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e consequências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa.

O direito ao silêncio relaciona-se com a presunção de inocência na medida em que esta impede que o exercício daquele seja interpretado em desfavor de quem o exerce. É que “diante da presunção de inocência, ao acusado cabe a opção de fornecer ou não a sua versão pessoal sobre os fatos que são objeto de prova, vulnerando a regra constitucional todas aquelas disposições legais que, de forma direta ou dissimulada, pretendem forçá-lo à confissão”.¹⁹

Pelo que até aqui foi dito, podemos afirmar que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, a produzir provas ou praticar atos lesivos

à sua defesa.

Entendemos que definir o direito ao silêncio como sendo, unicamente, o direito de calar ante as perguntas da autoridade competente (policial ou judiciária), no momento do interrogatório, é impor-lhe uma limitação que não condiz com as origens do instituto.²⁰

De outra sorte, é bom lembrar que a expressão “auto-acusar-se” (*self incrimination*) incute a idéia preconcebida de que há um crime, e que o acusado é o provável culpado. Esta concepção, ligada ao pensamento fascista inspirador do nosso CPP, é inconciliável com a idéia da presunção de inocência.²¹

3.2 As limitações ao exercício do direito ao silêncio no interrogatório

O direito ao silêncio, no momento do interrogatório, é limitado quanto à sua extensão mas não quanto à sua profundidade.

Com esta assertiva queremos sintetizar a idéia de que o direito ao silêncio limita-se, apenas, à última parte do ato do interrogatório, mas, nesta, seu exercício é pleno, não encontrando limites, porque assegurado pela Constituição da República.

O direito ao silêncio não pode ser invocado pelo interrogado como motivo para deixar de responder às perguntas referentes à sua qualificação (art. 188 do CPP), ou, ainda, para mentir sobre elas, por três motivos: primeiro, porque tais respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva; segundo, porque a exata qualificação do interrogado evita confusões acerca de sua identidade; e, terceiro, porque a mentira que se permite

20. V. a propósito, item 2 supra.

21. Embora, tecnicamente os autores reconheçam, em geral, que seria impróprio, seja impróprio utilizar o termo “presunção” para designar o estado de inocência do acusado, empregaremos, neste trabalho, a expressão “presunção de inocência”, porque universalmente conhecida.

18. Anota Sandeville, Lorette Garcia, *O Direito ao Silêncio...* cit., p. 240, que, para alguns autores, “o silêncio, enquanto integrante da defesa técnica, é ato tendente a provar a inocência do réu e demonstrar na instrução processual a improcedência da acusação. Dessa maneira, o silêncio acarretaria prejuízos ao réu, vez que esse desprezou uma oportunidade de defender-se e justificar-se”. A autora, porém, deixa bem claro sua posição contrária a este entendimento.

19. Cf. Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência...* op. cit., p. 40. A propósito da relação entre presunção de inocência e direito ao silêncio, v., ainda, item 3.3, infra.

é aquela de que se vale o interrogado para defender-se quanto aos fatos que lhe são imputados.

Esta limitação extensiva é a única constitucionalmente aceitável. As limitações decorrentes da aplicação dos arts. 186, 2.^a parte, e 198, ambos do CPP, são inconstitucionais, porque limitam o silêncio até mesmo nos momentos em que seu exercício é garantido pelo art. 5.^o, LXIII, da CF.

A solução para o conflito existente entre a Lei Maior e a lei ordinária está na prevalência da primeira sobre a segunda. Tal supremacia nasce da rigidez que caracteriza nossa Constituição.

No escólio de José Afonso da Silva:²² “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais”.

Afirma, ainda, o autor, ao tratar da inconstitucionalidade gerada pela quebra comissiva da supremacia constitucional, que “do princípio da supremacia da Constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior — no nosso estudo as processuais penais — somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.²³

Sendo assim, a 2.^a parte do art. 186 do CPP (... o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa), bem assim o art. 198 do mesmo diploma (o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para

a formação do convencimento do juiz) não mais prevalecem, a partir da promulgação da CF/88, por representarem uma limitação a direito público subjetivo constitucional. Insista-se, lei inferior (CPP) não pode limitar o que lei superior (CF) não quis fosse limitado.

Destarte, todos os atos produzidos após 5.10.88, sem a observância do direito ao silêncio, são absolutamente nulos, por contrariarem norma de teor constitucional. Eventual argumentação de legalidade destes atos, que tenha por fundamento a aplicação das normas processuais já apontadas, não pode prevalecer, porque de norma ordinária inconstitucional não pode nascer ato juridicamente válido.

Os efeitos nocivos da inconstitucionalidade da norma processual não se esgotam em seu próprio conteúdo, mas projetam sua influência também para o âmbito da valoração negativa do silêncio, que analisaremos a seguir.

3.3 A valoração negativa como obstáculo ao pleno exercício do direito ao silêncio

Vimos, neste trabalho,²⁴ que o silêncio do acusado não deve ser interpretado em prejuízo de sua defesa, porque tal proceder conflita com a regra da presunção de inocência, consagrada pela Constituição em vigor.

O silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional, porque não constitui prova, no sentido jurídico do termo.²⁵ Significa, tão-somente, que o imputado optou, no exercício de sua autodefesa, por

24. V. item 3, supra.

25. “Prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto etc., dando origem ao verbo *probare* (probo, as, are)”, *apud* Camargo Aranha, Adalberto, *Da prova no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 5. Entendemos que todo o elemento que possa levar um fato ao conhecimento de alguém constitui-se em prova deste fato. Processualmente, prova é todo ins-

22. In “Curso de Direito Constitucional Positivo”, S. Paulo, RT, 1991, pp. 45 e ss.

23. Id., *ibidem*.

deixar de fornecer sua versão pessoal sobre os fatos que são objeto de prova.

A prática, porém, está a demonstrar que a crença de que o imputado possui o dever de colaborar na busca da verdade, embora infundada, tem impedido o pleno exercício do direito ao silêncio. Isto porque sua recusa é vista como um verdadeiro indício de culpabilidade, acreditando alguns que, se o interrogado é inocente, não há motivo para impedir a reconstrução da verdade dita "real".

A propósito da busca da verdade, não podemos olvidar a lição de Garraud,²⁶ no sentido de que "a verdade, enquanto equivalente à realidade, assume caráter absoluto. Essa noção adquire caráter relativo quando considerada a verdade do ponto de vista de nossos conhecimentos e de nossas percepções. Para o homem, o equivalente da verdade é a certeza, que resulta do reconhecimento subjetivo por ele efetuado".

A verdade que se atinge jamais é a verdade absoluta, mas sempre a verdade possível ou processual, porque, como bem salientado por Vicente Greco Filho,²⁷ "no processo, não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado".²⁸

trumento utilizado para levar ao conhecimento do julgador (destinatário da prova) fatos ocorridos no passado e que tenham a potencialidade de influenciar no seu julgamento. No escólio de Vicente Greco Filho: "a prova é o instrumento pelo qual a alguém é levado o conhecimento de determinado fato", in *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 174.

26. In *Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. Paris, Sirey, 1907, t. I, p. 475.

27. In *Direito Processual Civil Brasileiro*, 4.ª ed. atual., 1989, v. 2/174.

28. Pedro Bertolino, in *El Debido Proceso...* op. cit., p. 113, com propriedade, encampa a questão da verdade processual e da valoração

Ademais, a colaboração compulsória do imputado na reconstrução histórica dos fatos não se coaduna com a nossa sistemática processual penal, que permite ao acusado até mesmo mentir quanto à imputação, no exercício de sua autodefesa.²⁹

Certo é que, quando o acusado silencia a respeito dos fatos, ou se nega a produzir provas em seu desfavor, está, na realidade, exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente, razão pela qual o exercício desse direito não pode ser interpretado em seu desfavor.

Esse aspecto importantíssimo é ignorado, muitas vezes, pelo próprio imputado que, temendo uma errada e inconstitucional interpretação desfavorável de seu silêncio, e desassistido de defensor técnico, acaba por produzir prova contra si mesmo.³⁰

judicial como sendo esta uma escolha política sobre aquela: "Toda verdad posee un modo o medio que nos permite acercarnos a ella. El proceso es un medio que, discursivamente, permite arribar a un tipo de verdad propio: la verdad procesal. Ahora bien, esa verdad estriba en una convicción racional del juzgador, convicción racional que es su título específico. Además, esa convicción puede nacer o en un clima de tolerancia o en un clima de autoridad".

29. Já vão longe os ensinamentos de Beccaria no sentido que é antinatural exigir-se do acusado que produza elementos que o condenem. Expressamente: "Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir com sua própria destruição!" *Dos Delitos e das Penas*, 6.ª ed., Ed. Atena, trad. de Paulo M. Oliveira, p. 63.

30. Pedro Bertolino, in *El Debido Proceso Penal*, Buenos Aires, Platense, 1986, pp. 108-109, aponta com propriedade estes problemas, que são de natureza prática, e fruto da errônea valoração do direito ao silêncio. Ressalta o autor que a designação ou consulta com um advogado deve ser feita em momento oportuno, que possibilite um efetivo exercício do direito

Finalmente, não se pode perder de vista que a presunção de inocência projeta sua influência no campo das provas, e, sob esse enfoque, o que deve ser objeto de investigação probatória é a imputação, e não o que o interrogado disse.

Neste contexto, podemos concluir que embora o direito ao silêncio possa constituir uma limitação à fiel reconstrução histórica, desejada idealmente, tal limitação é constitucionalmente lícita, na medida em que representa o necessário equilíbrio entre o respeito às liberdades públicas e a verdade processualmente possível.

4. Do exercício do direito ao silêncio

4.1 Prisão em flagrante e direito ao silêncio

Consoante o disposto no art. 304 do CPP, uma vez apresentado o preso à autoridade competente, deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante, ouvindo-se o condutor e as testemunhas, e interrogando-se o conduzido.

Problema importante reside em estabelecer o momento inicial em que o direito ao silêncio deve ser assegurado ao preso.

Concordamos com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,³¹ no sentido de que a Lei Maior preocupou-se com a pessoa capturada, assegurando a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, o direito ao silêncio.

Cremos que, desde o momento da prisão, deve ser conferido e assegurado ao indivíduo o direito ao silêncio, e nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si.

ao silêncio, notadamente em seus efeitos e alcance.

31. In *As Nulidades...* op. cit., p. 67.

A propósito, ressalta Slaibi Filho³² que se deve entender por interrogatório “não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual penal — o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante”.

A questão deve ser encarada com seriedade, haja vista que, com certa frequência, o preso é submetido a verdadeiro “interrogatório” pela imprensa, mormente a falada e televisada, antes ou após a lavratura do flagrante e sem o conhecimento de seu direito constitucional, e tal peça, embora informal, acaba por ser utilizada judicialmente contra o “interrogado”.

Por vezes, ainda, a conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, antes ou depois do interrogatório, é gravada sem o conhecimento daqueles, e, de igual modo, utilizada, judicialmente, em prejuízo da defesa.

Grevi abordou o problema,³³ concluindo que do conteúdo de tais declarações não se pode fazer qualquer uso *contra reum*, desde que este não tenha sido advertido da sua própria liberdade de falar ou de calar, utilizando, o autor, o mesmo raciocínio para as interceptações telefônicas.

Cremos que tal prática se insere no campo da prova ilícita, porque obtida com infringência à norma constitucional assecuratória do direito ao silêncio.³⁴

É de se salientar que, em São Paulo, o Juiz Corregedor da Polícia Judiciária, Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, baixou a Port. 3/92, de 26.3.92, regula-

32. Slaibi Filho, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*, 3.^a ed., RJ, Forense, 1992, p. 262.

33. In *Nemo Tenetur...* op. cit., pp. 238 e 245.

34. Contra a admissibilidade da prova obtida dessa forma manifesta-se Serrano Neves, O *Direito de Calar...* op. cit., p. 46.

mentando a concessão de entrevistas pelos presos.

Considerou o magistrado que "a apuração da responsabilidade do cidadão pela prática de delito somente pode ser feita em regular inquérito policial, assegurado o direito do envolvido permanecer calado", daí porque vinculou a concessão de entrevistas à prévia autorização da Corregedoria e à concordância, prévia e por escrito, do preso (arts. 1.º e 2.º).

Estabelece, ainda, a Port., que a autoridade à disposição de quem se encontrar o preso responderá, administrativamente, pelo descumprimento das aludidas normas.

Respeitou, a Corregedoria, a necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana e de evitar prejuízos aos cidadãos, em decorrência de afirmações por vezes precipitadas e distorcidas acerca de fatos tidos como delituosos, assegurando ao preso, desde o momento de sua captura, o direito ao silêncio.

4.1.1 O interrogatório no flagrante

Por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deve inquirir o indiciado, daí dizer-se que o interrogatório é o ato pelo qual o imputado exerce a autodefesa, em sua vertente de direito à audiência.

Dispõe o artigo 6.º, V, do CPP, que à inquirição do indiciado, no inquérito, devem ser aplicadas as mesmas regras referentes ao interrogatório judicial do acusado.

Isso significa que, à luz da Constituição da República vigente, o preso deve ser informado, antes de ser inquirido, de que tem direito a silenciar a respeito das perguntas que lhe forem feitas.

E, como a parte final do art. 186 do CPP está derogada, como vimos, o indiciado tem o direito de calar, sem que seu silêncio importe em qualquer ato de confissão. Tampouco pode sofrer qual-

quer pressão que o induza a prestar depoimento.

Anota Hélio Tornaghi³⁵ que "no flagrante, o acusado é ouvido informalmente. A autoridade policial pode adotar as cautelas dos arts. 186 e ss. do CPP e até convém que o faça. Mas, se não o fizer, nem por isso estará violando lei alguma".

Contra tal posicionamento se insurge Tales Castelo Branco,³⁶ acrescentando que é mister que seja assegurada ampla liberdade ao indiciado para falar livre e espontaneamente, calar-se ou reservar-se para falar em juízo, sem sofrer qualquer constrangimento físico ou moral, pois é sumariamente imoral e antijurídico obrigar ou convencer alguém a auto-incriminar-se.

Nesse sentido manifesta-se Serrano Neves, para quem o legislador pôs na mão das autoridades todos os recursos lícitos, para a investigação da verdade, daí serem inadmissíveis as confissões obtidas a qualquer custo pela polícia. Afirma o autor que "tem o indiciado, como ficou dito, irrecusável direito ao silêncio. Sua sujeição, portanto, pelas autoridades, a pesquisas de laboratório, à fadiga, à arapuca das "cartas fraudadas", ao "instrumental" e à farmacopéia policialesca *ad emendam veritatem* é comportamento dos mais condenáveis, até mesmo fora dos domínios do direito penal".³⁷

As declarações do acusado devem ser reduzidas a termo, e devem constar do auto de prisão em flagrante. De igual modo, deve constar expressamente daquela peça a informação a respeito do direito ao silêncio conferido ao indiciado,

35. Tornaghi, Hélio *Curso de Processo Penal*, 5.ª ed., rev. S. Paulo, Saraiva, v. 2/64, 1988.

36. In *Da Prisão em Flagrante*, S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 117.

37. Cf., mais uma vez, *O Direito de Calar...* op. cit., p. 41.

reputando-se como não formulada se dela não houver qualquer menção.

4.1.2 Consequências do desrespeito ao preceito constitucional no inquérito policial

O desrespeito ao direito ao silêncio, no inquérito policial, pode se dar, basicamente, em dois níveis: pela falta de informação sobre o direito de o indiciado permanecer calado, ou pela omissão da enunciação desse direito, quando da lavratura do auto. Mas, como a omissão se equipara, à ausência de informação (já que "o que não está nos autos, não está no mundo"), o tratamento dado à questão deve ser único.

A indagação que se faz é se a omissão da autoridade policial, quanto à informação de tal direito, gera a nulidade do flagrante.

De acordo com o disposto no art. 564, IV, do CPP, a omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato gera a nulidade do feito.

E, não há dúvida, o interrogatório do indiciado, feito de acordo com as regras previstas no art. 6.º, V, do diploma processual penal, constitui elemento essencial ao ato.

Luiz G. Grandinetti Carvalho³⁸ responde afirmativamente à indagação supra referida. Para o autor, "o preso deve ser advertido de que tem o direito ao silêncio, de que pode contatar a família ou qualquer outra pessoa, inclusive seu advogado, e, caso não tenha, tem a autoridade policial o dever de nomear-lhe um, ou de solicitar a presença de um defensor público ao órgão administrativo competente. A falta destas providências

importa nulidade do flagrante e a prisão torna-se ilegal, por desrespeito às normas legais a que está vinculada". Mas, adverte, a nulidade do flagrante não importa nulidade do processo, pois aquele serve, unicamente, de base para a denúncia ou a queixa, se for o caso.

Realça Carlos David Reis³⁹ que a nulidade do auto implica o relaxamento da prisão do indiciado, mas não impede que prossiga o inquérito policial e, eventualmente, seja oferecida denúncia, se assim entender o MP.

Ressaltam, por seu turno, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,⁴⁰ que a ausência de informação gera a nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato redundou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. A mais moderada, consubstanciada na invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.

A questão é difícil e ainda não mereceu a reflexão dos doutrinadores, nem os Tribunais têm sido chamados a esclarecê-la com muita freqüência.⁴¹

Temos que, uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, a prisão em flagrante se torna ilegal, sem possibilidade de convalidação, por não guardar a legalidade necessária. Contra o indiciado,

39. *O silêncio do indiciado...* cit., p. 330.

40. *In As Nulidades...* cit., p. 69.

41. O STJ ao apreciar, recentemente, a matéria, decidiu, no HC 1452-1, de Goiás, de que foi rel. o Min. Costa Lima, pub. no DJU de 21.9.92, p. 15.699, que a omissão, no auto, de que o preso poderia permanecer calado, não é motivo para anulá-lo.

38. In *O Processo Penal em Face da Constituição*, Forense, 1992, pp. 24-25. No mesmo sentido posiciona-se Reis, Carlos David Santos Aarão, "O Silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante", RT 575/330, setembro de 1983.

se for o caso, poderá até ser decretada prisão preventiva, mas a manutenção da situação de flagrância, nessas condições, se nos afigura ilegal.

Entendemos, ainda, que o interrogatório viciado deverá sempre ser refeito com as cautelas constitucionais, e, se for essencial para a validade de outro ato processual, a ele a nulidade se comunicará.

É certo, porém, que o reconhecimento de nulidade de todo o processo, ou só do interrogatório policial, prende-se ao exame, no caso concreto, do prejuízo ao direito de defesa.

Assim é que, embora inexistindo, no auto de prisão em flagrante, qualquer informação acerca do direito de calar, e se ainda assim o indiciado deixou de responder às perguntas, ou, mesmo as respondendo, negou os fatos imputados, não há porque declarar a nulidade, porque a autodefesa não ficou prejudicada, nem tampouco a defesa técnica.⁴²

Já, no caso da informação ao mencionado direito vir acompanhada da advertência final do art. 186 do CPP, há que se perquirir quanto à possibilidade de tal prática ter induzido o indiciado a falar, contra a sua vontade, afetando a autodefesa, o que poderá levar à conclusão correta quanto às consequências do vício.

4.2 Interrogatório Judicial e Direito ao Silêncio

4.2.1 Conteúdo do Interrogatório

O interrogatório judicial deve conter:

- a) Qualificação (nome, naturalidade, estado, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever) do imputado.

Tal medida se faz necessária para que a autoridade tenha a certeza de que se

trata do acusado, não sendo permitido, por este motivo, o silêncio nesse momento.⁴³

b) Cientificação da acusação.

A autoridade deverá informar o acusado de todo o teor da acusação que lhe é imputada, incluindo-se os elementos objetivos contra ele apurados e a extensão das consequências de sua possível condenação.

c) Informação clara a respeito dos direitos constitucionais do interrogado, dentre os quais o de permanecer calado ante as perguntas que lhe serão feitas.

d) Respostas do acusado.

Havendo concordância do interrogado em responder as perguntas, deverá o magistrado formulá-las de maneira clara e objetiva, para possibilitar sua perfeita compreensão.⁴⁴

4.2.2 O direito ao silêncio no interrogatório judicial

O direito ao silêncio *stricto sensu*, entendido como o direito de calar, poderá ser exercido pelo acusado na última parte do interrogatório e, para que seja efetivamente garantido, é necessário que o juiz informe o acusado de seu direito, de maneira clara e, como foi dito, a possibilitar-lhe a perfeita compreensão.⁴⁵ Tal informação não poderá vir acompanhada de qualquer tipo de ameaça,

43. V. a propósito, item 2.2. supra.

44. É recomendável que, mesmo não havendo concordância do réu em responder as perguntas, o magistrado as formule para que constem do termo de interrogatório.

45. No sentido da necessidade da advertência ser clara e de maneira a possibilitar a perfeita compreensão do acusado, v., por todos, Grevi, ao tratar do silêncio do imputado e sua relação com a magistratura, in *Nemo tenetur...* op. cit., itens 2 a 5 do cap. II e, ainda na mesma obra, quando o autor trata do conteúdo essencial da advertência que a autoridade deve fazer sobre o direito ao silêncio, itens 3 e 4 do Cap. VII.

42. Cf. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *As Nulidades...* op. cit., p. 69.

explícita ou implícita, que possa limitar a liberdade moral ou física do interrogado.⁴⁶

É de se observar que, embora não haja expressa previsão legal de que a advertência seja incluída no termo de interrogatório, seria de bom alvitre que os magistrados assim procedessem, para evitar possíveis nulidades.

Qualquer ato que impeça ou limite o exercício do direito de calar gera a nulidade do interrogatório e, conseqüentemente, de todos os atos dele derivados ou que dele dependam.

Essa nulidade é absoluta⁴⁷ pois qualquer nulidade que deflúa de desobediência à norma constitucional — e o silêncio é norma constitucional (art. 5.º, LXIII, CF/88) — é de caráter absoluto.

Por se tratar de norma constitucional processual de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não foi juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independente de provocação das partes. É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar o interesse público na condução do

processo segundo as regras do devido processo legal.⁴⁸

Finalmente, em obediência aos lindes deste trabalho, resta-nos precisar até que ponto poderá ser declarado nulo o interrogatório feito ao arrepio da norma constitucional, e quais os efeitos da declaração de nulidade sobre o processo.

Da observação da experiência estrangeira, notadamente a anglo-americana e latina, onde o princípio já vem de há muito consagrado, concluímos que sempre haverá nulidade absoluta do ato se o magistrado não cientificar o interrogado de que ele tem o direito de não responder às perguntas.

A extensão do vício depende do prejuízo causado à defesa do imputado, já que a nulidade poderá contaminar outros atos processuais, dependentes ou derivados do interrogatório.

De qualquer forma, a verificação depende, diretamente, da análise das conseqüências do vício em cada caso concreto.⁴⁹

5. Conclusões

1. A coexistência de dois ordenamentos — constitucional e processual penal — fulcrados cada qual em uma corrente

46. Nas palavras de Serrano Neves: "Seria melhor que o juiz apenas prevenisse o réu que o mesmo não está obrigado a responder às perguntas do ato. A ameaça subsequente — de que o silêncio poderá ser interpretado em seu prejuízo — a nós nos parece desnecessariamente forte. Realmente, pode atemorizar o homem rude do interior, já suficientemente embaraçado em face da severidade do momento. Nestas condições, é perfeitamente admissível que o argüido acabe fazendo alguma coisa que a lei não manda". In *O Direito de Calar...* op. cit., p. 42. Exatamente por representar uma ameaça implícita é que a 2.ª parte do art. 186 do CPP representa verdadeira e intolerável inconstitucionalidade.

47. Neste sentido, Grevi é expresso, in *Nemo Tenetur...* op. cit., p. 350.

48. Cf. Grinover *et alii*, *Nulidades...* cit., p. 21. Os autores definem o ato processual inexistente como sendo aquele ao qual falte, de forma absoluta, os requisitos exigidos pela lei, sendo nele o vício de tal gravidade que sequer poderia ser considerado ato processual; atos inexistentes são, na verdade, não-atos. Já, o ato absolutamente nulo é o ato contaminado de vício flagrante e manifesto prejuízo, que a gravidade de sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; a irregularidade não pode ser sanada por atingir o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade (pp. 16 a 18).

49. Cf. Grinover *et alii*, *Nulidades...* op. cit., p. 69.

político-filosófica diferente — gera conflito de normas e, embora a Constituição prevaleça sobre a norma processual, a realidade prática, infelizmente, é bem diversa: o silêncio ainda é valorado por muitos julgadores como prejudicial ao acusado.

2. O direito ao silêncio não significa, unicamente, direito de calar no momento do interrogatório, mas compreende, também, o direito de não produzir provas ou praticar atos que importem prejuízo à defesa.

3. O direito ao silêncio é uma liberdade pública garantida constitucionalmente a todos os imputados, presos ou não.

4. O direito ao silêncio não se estende às perguntas relativas à qualificação do interrogado.

Qualquer outra limitação, direta ou indireta, ao direito de calar é inconstitucional, já que impede o pleno exercício de direito público subjetivo previsto em lei (art. 5.º, LXIII da CF/88).

5. Estão revogados a segunda parte dos arts. 186 e 198 do CPP, por conflitarem com o art. 5.º inc. LXIII, da CF/88. O art. 191 do mesmo diploma processual deverá ser observado com restrições.

6. Todo o imputado, antes do interrogatório, deverá ser informado de seus direitos fundamentais, pela autoridade competente, de maneira clara e de forma a compreender-lhe o alcance. Tal informação deverá constar do termo de interrogatório.

7. O direito ao silêncio, se desrespeitado, gera a nulidade absoluta do interrogatório. E, dependendo do prejuízo causado à ampla defesa, poderá conduzir à nulidade de todos os atos que dele dependam ou dele derivam. Esta análise, embora difícil, deve ser feita em cada caso concreto.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Angélica Maria Mello de, *O Interrogatório do Acusado como Ampla De-*

fesa, Tese para obtenção do grau de mestre, 1990, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia Judiciária*, v. II. Coimbra, Arménio Amado, 1982.

AZEVEDO, David Teixeira de, "O Interrogatório do Réu e o Direito ao Silêncio", *RT*, 682/285-295, ago./1992.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2. S. Paulo, Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, trad. Paulo M. Oliveira, 6.ª ed., Atena.

BERTOLINO, Pedro J., *El Debido Proceso Penal*, Buenos Aires, Platense, 1986.

BRANCO, Tales Castelo, *Da Prisão em Flagrante*, S. Paulo, Saraiva, 1980.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de, *Da prova no processo penal*, S. Paulo, Saraiva, 1987.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *O Processo Penal em face da Constituição*, RJ, Forense, 1992.

CLAUDIO, Paulo e TOVO, João Batista, *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1989.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, 5.ª ed., RJ, Série Cadernos Didáticos, s/d.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *Tutela Penal da Intimidade*. Tese para concurso à cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, S. Paulo, RT, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel et alii, *Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, 1992. (Em cooperação com: Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 17.ª ed., rev. e atual., S. Paulo, Saraiva, 1989.

GARRAUD, R., *Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, Paris, Sirey, t. I, 1907.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra, Almedina, 1992.

GRECO, Vicente Filho, *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991.

———, *Tutela Constitucional das Liberdades*, S. Paulo, Saraiva, 1989.

- GREVI, Vittorio, *Nemo Tenetur se Delegere*, Milano, Giuffrè, 1972.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades Públicas e Processo Penal — as interceptações telefônicas*, S. Paulo, RT, 1982.
- . *O Processo em sua Unidade*, S. Paulo, Saraiva, 1978.
- . “Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio”, *Ciência Penal*, 3(1): 15-31, jan.-mar./1976.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii — *Liberdades Públicas — parte geral*, S. Paulo, Saraiva, 1978 (em cooperação com: Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Anna Cândida da Cunha Ferraz).
- . *As nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992, (em cooperação com: Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho).
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, S. Paulo, Saraiva, 1991.
- MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, S. Paulo, Forense, 1988.
- NEVES, Serrano, *O Direito de calar*, José Bushatsky, S. Paulo, 1960.
- PEDROSO, Fernando de Almeida, *Processo Penal, o Direito de Defesa*, RJ, Forense, 1986.
- REIS, Carlos David Santos Aarão, “O Silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante”. *RT*, 575/329-321, set./1983.
- SANDEVILLE, Lorete Garcia, “O Direito ao Silêncio”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 36/239-243, dez./1991.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, RT, 1991.
- SLAIBI FILHO, Nagib — *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*, 3.ª ed., RJ, Forense, 1992.
- TORNAGHI, Hélio Bastos, *Instituições de Processo Penal*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1978.
- . *Curso de Processo Penal*. 5.ª ed., rev., v. 1, S. Paulo, Saraiva, 1988.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 5.ª ed., v. 3, Bauru, Jalovi, 1979.
- TUCCI, Rogério Lauria, “Parecer fornecido por solicitação dos advogados Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior”, 1992, não publicado.
- . *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1993.
- . e TUCCI, José Roberto Cruz e, *Constituição de 1988 e Processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO MOVIMENTO DA NOVA DEFESA SOCIAL

PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS

Juiz Titular do 4.º Tribunal do Júri — Penha de França

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Conforme a “lição” sempre atual de Heleno Claudio Fragoso:¹ “O sistema penal está hoje em crise. Põe-se em dúvida o efeito preventivo do sistema punitivo, e não é possível emendar o criminoso através da pena. Verifica-se que a prisão necessariamente avilta, deforma a personalidade e corrompe o condenado. O exame da administração da justiça criminal revelou que o sistema funciona de forma seletiva, profundamente injusta e opressiva. Há evidente incongruência entre as aparências do magistério punitivo e suas dramáticas realidades”.

Nesse universo de desencontros e decepções com a inoperância da política criminal com a inocuidade da pena visando a retomada do Direito Penal como fator determinante da proteção social, novas tendências penais, buscam eliminar o caráter metafísico da pena, visto que “o que legitima a sanção não é a irracional e insolúvel idéia de retribuição, mas a necessidade de defesa da sociedade”.² Ressaltam-se em tempos de agora os “Movimentos” da “política Criminal Alternativa” e da “Novíssima Defesa Social”.³

1. *Lições de Direito Penal*, p. 3, 10.ª ed., Forense, RJ, 1986.

2. *Lições*, p. 55.

3. Salienta João Marcello de Araújo Júnior (*Criminologia em conjunto* com Roberto Lyra, 2.ª ed., pp. 157 e ss, Ed. Forense, RJ, 1990), que “A Nova Defesa Social não se caracteriza

O primeiro dos “Movimentos”, de tendência marxista, segundo Alessandro Baratta em seu artigo “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”,⁴ nascido do movimento rebelde estudantil de 1968, constituiu-se em um dos primeiros estudos sistemáticos de desenvolvimento da teoria criminológica sob o método dialético, aplicando categorias de materialismo histórico como esclarece Juarez Cirino dos Santos.⁵

Seus postulados, voltados para a diferença de classes, alicerçado no fato de que o “direito penal não é igualitário, nem protege o bem comum e também que sua aplicação não é isonômica”.⁶ São embora ideais são utópicos para o momento, não tendo despertado maior interesse nas legislações o que não objetivamos comentar neste estudo.

Não se pode dizer o mesmo da “Nova Defesa Social”, a qual principalmente em

como um programa técnico de modificações regulamentares, assim como um verdadeiro estado de espírito... no qual se reúnem as mais diversas tendências penais. Por isso, a Nova Defesa Social não deve ser tida como uma nova Escola, mas tão-somente como uma conjugação de aspirações humanista e democrática em matéria penal...”.

4. “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”, in *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 499/43, 1978.

5. *Criminologia Radical*, p. 4, Ed. Forense, RJ, 1981.

6. João Marcello de Araújo Júnior, *Criminologia* ..., p. 169.

função do gênio pensador de Marc Ancel, se espalhou pelos diversos Sistemas do Direito Penal, provocando verdadeira revolução no interior do Código e abalando as Escolas então predominantes.

Por isso, embora de passagem, merece ligeiro estudo.

1. A nova defesa social

Iniciou-se o “Movimento” em 1945, com Fellipo Gramática, na Itália, sendo de início denominado “Movimento de Defesa Social”, o que mais tarde foi alterado para “Movimento da Nova Defesa Social” a fim de se fazer diferenciar do “Movimento” que existiu no começo deste século.

A criação do Centro Internacional de Estudo da Defesa Social em conjunto ao Instituto de Medicina Legal da Universidade de Gênova, a fundação, em 1947, da “Rivista di Diritto di difesa sociale”, depois “Revue de Défense Sociale”, e a realização, em San Remo, no mesmo ano do I Congresso Internacional da Defesa Social, foram os primeiros passos de uma caminhada firme que culminou com o nascimento ao findar o II Congresso da Société Internationale de Défense Sociale, (Liege — 1949).

Nesse período, o mais influente representante do Movimento continuou sendo Gramática, entretanto, suas idéias, devido a revolução que pregava chegando a preconizar a abolição do Direito Penal, não conseguiram ser implantadas.

As inovações de Gramática pregavam, em síntese, a abolição do crime; substituíam por “índices de anti-socialidade subjetiva” e seus “graus” a “rejeição”; enfocavam a responsabilidade relacionada ao crime, em vez de adotarem a “anti-socialidade”, relacionada aos “elementos subjetivos do autor”; por fim, substituíam a “pena proporcional ao delito” por “procedimentos de defesa social” adequados às exigências de cada

indivíduo”.⁷ Tais postulados causaram vivo debate dentro do próprio “Movimento”, fazendo com que aqueles atraídos pela filosofia penal esboçada por Gramática participassem, procurando amenizar os impactos das reformas radicais apregoadas pelo Movimento a fim de chegarem a um meio termo consentâneo com a realidade da vida em sociedade.

Assim, 9 anos depois, em 1954, aprovou-se um “Programa Minimum”⁸ relacionado ao Movimento, fazendo com que o mesmo perdesse em parte o sentido de seus primórdios.

Participaram como mentores desse Programa Marc Ancel, Herzog e Strahl, cabendo, a partir de então ao primeiro encarnar a figura do mais prestigiado representante do “Movimento”, passando sua obra, “La Defense Sociale Nouvelle”, a ser vista como verdadeiro guia das novas idéias do Movimento. O “Programa Mínimo”, dividido em quatro itens (“Princípios Fundamentais do Movimento”, “Princípios Fundamentais do Direito Criminal”, “Teoria do Direito Criminal” e “Programa do Desenvolvimento do Direito Criminal”, estabeleceu básica-

7. Assinala, Jean-Hervé Syr (*Punir et Rehabilitier*, p. 87, Ed. Economica, Paris, França, 1990), citando Gramática: La defense social identifie avec l'amélioration de l'individu c'est "la defense de la société ramenee à l'individu elle ne vise que l'amélioration du sujet Gramática rejette totalement le droit penal, plus particulièrement le notions d'antisocialité subjective, état qu'il convient de traiter au moyen de mesures de défense sociale et de prevenir par une politique générale du bien-être".

8. Conforme João Marcello de Araújo Júnior (*Criminologia*, pp. 157-158), o programa mínimo em sua versão original representou a vitória do pensamento moderado sobre as idéias extremadas de Gramática e seus seguidores, que pugnaram pela abolição do Direito Penal, que deveria ser substituído por meios não preventivos de garantia da ordem social.

mente os seguintes postulados ao “Movimento”.”

1. Luta contra a criminalidade com a preservação do “Direito Criminal”, recorrendo para isso todos os meios de ação (pré ou pós-criminosos), protegendo a sociedade e seus membros a fim de não ser vitimados pelos criminosos.

2. Garantia, pelo Direito Criminal, do respeito aos Direitos Humanos, preservando-se os princípios da liberdade e da legalidade, norteando-se a política criminal por concepções humanísticas.

3. Estudo atento e científico da realidade de modo a garantir ao Direito Criminal o abandono das doutrinas de ordem “metafísica”, coadunando-se, por outro lado, a Justiça Criminal com a consciência social, optando-se, quanto ao criminoso, por medidas de caráter corretivo e recuperativo.

4. Coordenação das medidas contempladas pelo Direito Penal, buscando a formação de um sistema unitário de reação contra o “fato delituoso”, tendo de outra parte, o cuidado de garantir ao preso, em seu tratamento, um caráter continuativo, cujas fases sucessivas conceder-se-ão segundo o espírito da defesa social. Como decorrência das alterações ocorridas na sociedade, novo “Programa Mínimo”, foi apresentado, servindo como adendo ao anterior.

Assim, em Reunião da “Comissão da Societé” em Milão, em 1985, com a reforma, chegou-se a alguns princípios básicos:¹⁰

1. “Um exame crítico do sistema existente (que poderá, inclusive, levar ao seu repúdio)”.

9. O “Programa Mínimo” citado vem exposto em *O Sistema do Direito Penal*, de Pietro Nuvolone, trad. bras. I/261-263, Ed. RT, SP, 1981.

10. Cf. Marino Barbero Santos, em sua obra *A Reforma Penal. Ilícitos Penais Econômicos*, p. 17, Ed. Forense, RJ, 1988.

2. “O Recurso sistemático a todas as Ciências Humanas para lograr um conhecimento multidisciplinar do fenômeno criminal”.

3. Uma finalidade protetora que, por um lado, significa que uma reação contra o sistema primitivo — “retributivo da repressão clássica” e, por outro, pretenda assegurar o respeito e a garantia dos direitos do homem e da dignidade da pessoa.

Cumprido, no entanto, destacar que o “Programa — Mínimo” não é uma espécie de breviário imposto aos adeptos da “Sociedade Internacional de Defesa Social”, mas sim, o repositório de um “conjunto de regras fundamentais que poderão ser admitidas por todos os partidários da “Defesa Social””, conforme afirmava Ancel.¹¹

Ressalta-se, ainda, a respeito do “Movimento da Nova Defesa Social”, a exigência da manutenção do “Princípio da Legalidade”, sem, no entanto, que tal exigência signifique manter-se incondicionalmente o sistema tradicional da Justiça Penal, a luta por uma atenção maior à vitimização; a procura do estabelecimento de um tratamento diferenciado para a criminalidade, discriminando-se os ilícitos de pequena monta criminalizando-se as novas e graves infrações à economia e contra os demais direitos difusos, e da mesma forma a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção, etc.); repúdio à pena de morte, ao uso indiscriminado das penas privativas de liberdade e a prisão preventiva.¹²

Resumindo, portanto, a “Nova Defesa Social”, sem o radicalismo de seus primórdios, tem por escopo uma política criminal de natureza humanitária, ancorada em profunda base científica, que dá

11. *A Nova Defesa Social*, p. 122, Ed. Forense, RJ, 1979.

12. Marino B. Santos, *A Reforma...*, pp. 17-18.

ao Direito Penal caráter preventivo e protetor da dignidade humana.

2. Considerações Críticas ao “Movimento da Nova Defesa Social”.

Muito embora o patrono do “Movimento” em estudo tenha sido Gramática, este ganhou desenvolvimento vultoso e solidificação definitiva com as idéias de Marc Ancel, através da obra “A Nova Defesa Social”.¹³

Portanto, tranqüilo afirmar-se que os postulados elencados, e que enfocam o “Movimento” tenham derivado do livro em apreço.

Assim, se pretendermos comentar os postulados do “Movimento”, devemos-nos direcionar basicamente às idéias de Ancel.

Inicialmente, o termo “ressocialização” merece um exame mais acurado. Conforme se apura dos dicionários, “ressocia-

lizar” significa colocar de novo em sociedade, ou “Terme englobant les activites qui tendent à l’adaptation reciproque des individus et de la société, principalement à l’integration des familles et des groupes qui par défaut de ressources ou de culture, menent une existence marginale”.¹⁴

O termo “ressocializar”, tanto em Gramática, como em Ancel, tem exatamente o significado de reinserção social daquele que, por ter transgredido as regras que regem a sociedade mostra inadaptação ao convívio social, devendo, portanto, ser reciclado, submetendo a um reaprendizado.

Impõe-se, no entanto, uma parada para que pensemos quanto da grande massa humana responsável pela criminalidade aparente, ou, pelo menos, por aquela que, pela violência que traz “embutida”, ou pela periculosidade demonstrada, põem em risco maior a população, foi realmente “socializada”.

Para se “ressocializar”, exige-se prévio “socializar”, ou seja, “por em sociedade”. (Extensão das vantagens particulares à sociedade), (*Dicionário Escolar de Língua Portuguesa* — MEC).

Ora, diante do contexto da realidade mundial, o qual associa a criminalidade às classes socioeconômicas menos favorecidas, considera-se, obviamente, a superficialidade no tratamento dado a questão.

No Brasil, particularmente, e nos países pertencentes ao Terceiro Mundo, podemos afirmar que a “socialização” atinge quase que só as classes mais representativas.

Síntese de nosso enfoque acerca da “socialização” como sendo utópico, citamos o sociólogo e historiador brasileiro Hélio Jaguaribe:¹⁵ “... São alarmantes os

13. Alguns autores, entre os quais Anabela Miranda Rodrigues, em Portugal (“Polêmica Actual sobre o pensamento da Reinserção Social”, pp. 181-182, in *Cidadão Delinquente: Reinserção Social*, editado pelo Instituto da Reinserção Social de Portugal observam que o cerne da ressocialização vem da lei inglesa redigida por Blackstone, Eden e Howard em, 1778. São suas as palavras: “Não se pense, no entanto, que é dos nossos dias a idéia de, através da pena privativa de liberdade, conseguir a correção do delinquente e, dessa forma, a sua reinserção na sociedade. De fato, debruçando-se sobre a gênese da prisão e acompanhando a história da sua evolução, logo se constata que uma idéia de tratamento, seja qual for o significado que se lhe atribua, ocupou, desde os seus primórdios, um lugar de ponta no discurso que versava sobre os seus objetivos. Basta pensar, p. ex., na lei inglesa de 1778, redigida por Blackstone, Eden e Howard onde se encontrava uma noção de tratamento ligada a uma idéia de “cura psico-moral”, a fim de se inculcar no indivíduo os princípios de todos os deveres cristãos e morais. O que já então em vista era obter a reforma e a correção dos reclusos.

14. *Vocabulaire de Sciences Sociales*, p. 321, “Action Sociale”, PUF, Paris, França, 1978.

15. *Alternativas do Brasil*, 3.ª ed., p. 28, José Olympio Ed., RJ, 1989.

extratos de baixa renda da população brasileira, 15% das famílias se encontram em situação de miséria, como tal entendia a condição das famílias com rendimento *per capita* iguais ou inferiores a 1/4 do salário mínimo, 35% das famílias, incluídas às precedentes, encontram-se em estado de estrita pobreza, com rendimentos *per capita* iguais ou inferiores a 1/2 do salário mínimo. Tal situação afeta 41% dos brasileiros. Em termos de população economicamente ativa, cerca de 1/4 de trabalhadores (23,5%) têm rendimentos iguais ou inferiores a um salário mínimo. A faixa de um a dois salários mínimos corresponde a 22,7% dos trabalhadores, ou seja, cerca da metade da força de trabalho tem rendimentos mensais iguais ou inferiores a dois salários mínimos. Somente 9,7% dos trabalhadores recebem de 5 a 10 salários mínimos. E apenas 4,7% de dez a vinte salários mínimos.

Se considerarmos que o salário mínimo tem se mantido com o valor aproximado de US\$ 60, temos que cerca de 50% dos trabalhadores brasileiros tem salários iguais ou inferiores a US\$ 120 mensais.

A partir dos dados acima, ressaltamos um aspecto particularmente preocupante: como tais dados afetam sobretudo as condições de vida das crianças de até 14 anos de idade, mais de 27% das crianças brasileiras estão em estado de miséria, e 53,1% em estado de estrita pobreza.¹⁶

Mais do que pela pobreza, a população brasileira em geral é afetada pela ignorância. Mais de 20% da população, a

partir dos 15 anos de idade, são analfabetas. E menos de 10% dos adultos concluíram o 1.º Grau...

"Ignorância e miséria constituem fatores reciprocamente condicionantes de níveis inaceitáveis de vida. Nas condições precedentemente indicadas, a qualidade de vida da população brasileira, como não poderia deixar de ser, é extremamente baixa. Mais da metade dos domicílios não têm luz elétrica, mais de 71% não possuem canalização de água e mais de 85% não têm adequado escoamento sanitário. Facilidades domésticas, como filtro ou geladeira, continuam raros: 65% dos domicílios não dispõem daquele e 75% deste..."

Diante da situação adversa em que vive uma grande massa do povo brasileiro, sem direito à alimentação, à educação, à saúde, etc., passando pela vida como simples "sobrevivente", impossível afirmar-se tenham sido eles efetivamente "postos em sociedade", ou terem recebido, como outros, a extensão das vantagens particulares a ela.

Destarte, o pensamento de Ancel pecou pela base, eis que, disposto a criar um movimento filosófico penal de âmbito mundial, ateu-se, de forma pouco científica apenas, à realidade européia que conhecia,¹⁷ esquecendo-se de que a

16. Usamos o termo "homem socializado" como o "sujeito de uma ordem moral ou jurídica, isto é, como membro de uma sociedade, como personalidade moral ou jurídica", como pregava Hans Kelsen in *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., brasileira, p. 103, Ed. Martins Fontes, SP, 1987, e não como Santo Agostinho ao comparar o "Estado" com "sociedade" de Direito ou a um bando de salteadores (cit. por Kelsen a fls. 48 da op. cit.).

17. Demonstrando que sob ótica de Marc Ancel, e dos demais penalistas europeus que seguiam os ideais da "Nova Defesa Social" só se tratava de realidade européia, Marino Barbero Santos in *A Reforma Penal...* afirma: "O IX Congresso Internacional da Sociedade celebrou-se pela primeira vez, fora da Europa, na América. Foi um fato novo, que iria comover ainda mais o "Movimento", que se deparou com uma sociedade com estruturas econômicas, sistemas políticos, idiossincrasia humana, concepções culturais, etc... diversas das européias". A experiência com a nova realidade assustou tanto, que, continua o autor, o Congresso de 1976, significou "o ponto de partida, na expressão de Nuvolone — de uma fase de atividades da "Société", o que tornou

marginalização está presente em todos os continentes, interligando-se como uma sombra a todos os sistemas sociais, principalmente na América Latina, e nos países do chamado Terceiro Mundo, apresenta-se com maior dramaticidade, como bem adiantou Versele.¹⁸

O ponto abordado, e que nos intriga, não apresenta aspecto meramente semântico. Ao contrário, sendo básico, interfere em vários aspectos da teoria de Ancel.

Com efeito, a ressocialização, em qualquer campo que se busque sua aplicação, dependendo dos métodos que se empreguem, torna-se possível.

Mostra-se difícil, por outro lado, escolher-se alguém que nunca foi inserido no contexto social, que sempre caminhou à margem da sociedade, aprendendo outras verdades e vivendo outra vida, e de uma hora para outra seccionar-lhe os usos e costumes aprendidos por no mínimo 18 anos (idade mínima para aplicação da lei penal).

Também Hermann Mannheim se refere ao assunto: "Um ponto que, muitas vezes, passa despercebido é o das consideráveis diferenças que existem entre países com diferentes condições econômicas e diferentes estágios de desenvolvimento. Na verdade, os fatores econômicos podem ter maior influência sobre a criminalidade nos países mais pobres que nos mais ricos. Só nos últimos anos é que, sob os auspícios do Secretariado das Nações Unidas, Seção de Defesa Social, prestou-se mais atenção ao impacto da pobreza sobre a criminalidade nos países economicamente subdesenvolvidos da Ásia e da África (*Criminologia Comparada*, II, p. 883, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, 1984).

necessário conceber uma nova política de defesa social".

18. Severin — Carlos Versele e Dominique Van de Veldegraf in "Marginalité Sociale et Justice". *Actes du IX Congrès International de Défense Sociale*, Caracas, ag. 76, p. 132.

Para esses marginalizados, produtos da discriminação, da estigmatização, tratados desde a mais tenra idade como delinquentes, sem sê-lo, os conceitos-chave da "Defesa Social" reabilitação-reinserção não têm qualquer sentido, como conclui Barbero Santos.¹⁹

Diante de tais evidências, portanto, a missão "socializar" não pode ser aceita como certeza inatacável, demandando um esforço muito grande, uma cooperação dedicada do socializando e um tempo ilimitado.

Mas, as conclusões a que chegamos influenciam um segundo ponto, uma segunda crítica que costumeiramente se faz ao "Movimento".

Doutrinadores de vulto têm-se oposto à "ressocialização" servindo-se do seguinte argumento: o Estado não pode, buscando uma autêntica "mudança social", impor sua vontade e o sistema político de um determinado momento histórico àqueles que optaram ser diferentes, alheios ao sistema.²⁰

A observação, que traz em si embutida a antiga, mas sempre presente discussão entre o livre arbítrio e o determinismo,²¹

19. Marino Barbero Santos, *A Reforma ...*, p. 6.

20. P. ex., Pietro Nuvolone (*O Sistema ...* p. 266), Claus Roxin (*Problemas Fundamentais do Direito Penal*, trad. portuguesa, p. 22), Ed. Vega/Universidade de Lisboa, 1986) e Rene Ariel Dotti (in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio — Atos do Colóquio Marc Ancel, Execução Penal no Brasil aspectos Constitucionais e Legais*, p. 80, Ed. Renavam, RJ 1991), Anabela Miranda Rodrigues (*Polêmica...*, p. 191) entre outros.

21. A respeito do tema, já ponderava Ferri, em sua conhecida *Sociologia Criminale*, (4.^a ed. p. 594, Turim, Itália, 1900): Não é, pois, porque o homem tem uma "liberdade moral" ou uma "liberdade ideal", ou uma "liberdade relativa" que ele é juridicamente, isto é, socialmente imputável ou responsável por suas ações: mas unicamente porque vivemos em sociedade, qualquer ação produz efeito quer sociais quer individuais, os quais recaem sobre

adapta-se perfeitamente à crítica primeira.

Com efeito, numa análise rigorosa, somos obrigados a admitir que, no meio social, alguns ilícitos penais são praticados por pessoas que não se conformam com a obediência a determinadas regras, como acontece, p. ex., nos crimes políticos. Porém, quando abordamos a criminalidade violenta, aquela que no Brasil se dá em larga escala, colocando um perigo maior à sociedade, não é normalmente o que ocorre.

Realmente, para que o homem possa escolher “ser diferente”, deve conhecer suficientemente o que lhe seja posto à frente, deve, obrigatoriamente, ter uma equivalência de meios que lhe permitam a opção. Isto não ocorrendo, inexistente a escolha propriamente dita, existe, isto sim uma imposição social.

Os meninos que são criados nas ruas p. ex., convivendo desde quase o vago primeiro, com a marginalidade, sem teto a protegê-los, alheios à educação, à alimentação suficiente e a tratamento médico dentário adequados, por certo tendem a absorver o que o meio lhe oferece e a transformar em futuros marginais.²²

Pode-se dizer, nesse caso específico, que tais crianças tiveram livre opção na “escolha” do caminho a seguir? Que decidiram livremente suas vontades esquivando-se do destino quase que já

o seu autor, e este, portanto, necessariamente, inevitavelmente, pelo único fato da vida em sociedade, deve sentir e suportar os efeitos que serão úteis ou bons para ele, se a sua ação tiver sido útil.

21. (...se a sua ação tiver sido útil) ou boa para a sociedade, e serão danosos ou maus para ele, se danosa ou não para a sociedade tiver sido a sua ação.

22. Independentemente das concepções livre arbitrária ou deterministas, surgem aí os chamados “desvios sociais”, a *deviance*, a que se refere a criminologia americana, principalmente a que vem citada por Alvaro Mayrink da Costa in *Criminologia*, col. I, t. I, pp. 308 e 315.

demarcado? A vida tem indicado que não!

Por isso, temos para nós que as concepções teóricas (infelizmente seguidas no Brasil) ainda limitam-se às realidades locais, esquecendo-se de que existe todo um restante do mundo necessitando de concepções novas que se adequem às suas necessidades, às suas sociedades. Nos Estados quase que perfeitos, sonhados e profetizados por Ancel, onde todos fossem “socializados” (e aí a atividade do Direito Penal seria mínima), dar-se-ia a possibilidade de escolha, forjando-se o estigma de “rebeldes” para os que não concordassem com a ordem social vigente. Porém, longe estamos de tal perfeição! A grande massa responsável pela alta criminalidade atual não se “socializou” e, portanto, não teve a condição de optar por dois caminhos de igual valor, em condições idênticas que lhes fossem colocados à frente.

Assim, compete ao Estado, embora tardiamente, mostrar-lhes o que existe além de seus limitados horizontes.²³

Obrigação do Estado que se impunha desde o nascimento é perfeitamente legal, devendo estar isenta de críticas.²⁴ Por

23. Cf. Ancel em *A Nova Defesa* ..., p. 352, “A sociedade, como corpo social criado pelo homem para lhe servir, tem obrigações em relação a ele, a primeira dentre elas sendo a de oferecer-lhe todas as possibilidades normais de desenvolvimento e de realização. A comunidade deve contribuir para cada um de seus membros seja um cidadão útil, e nesse sentido, deve esforçar-se, mesmo em caso de insucesso ou de erro. Normalmente o indivíduo tem portanto direito a esse tratamento de “ressocialização” que consagra um dos aspectos da solidariedade social”.

24. Aliás, interessante observar que, quando o Estado não cumpre sua função socializadora, existe toda uma gama de protestos dos mais variados órgãos. Porém se ele tardiamente, instalado o crime, resolve cumprir o papel que lhe é destinado, aí então “está interferindo ilegitimamente no direito de alguém ser dife-

outro lado, afastando-nos da “socialização”, mas ainda tecendo considerações a respeito da segunda observação, como bem lembra Claus Roxin,²⁵ a função do Estado consiste em criar e garantir a um grupo reunido, em seu interior, as condições de existência que satisfaçam suas necessidades vitais, prestando-se, nesse contexto, o Direito Penal para garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos. Compete ao Estado a tarefa de preservar a segurança social, utilizar-se dos meios de que se dispõe.

Diante de tais informações, o Estado sob pena de afrontar a função que lhe é inerente, não pode, de forma alguma, reconhecer o Direito de ser diferente. Ao contrário, se imbuído dos ideais dos doutrinadores já citados (e de tantos quantos os seguem), permitisse o Estado que o “diferente” assim permanecesse, embora alguns anos no cárcere, se o Estado concordasse que o “rebelde” o qual constitui perigo reconhecido à sociedade, a ela voltasse, munido dos mesmos desígnios anteriores, não cumpriria uma de suas funções básicas: a garantia da paz social.

Aliás, estranha a opinião dos juristas trazidos, que seguidores, em termos, da Defesa Social concordam com a “pena pela pena”, num retorno descabido ao Neoclassicismo, quando dão o testemunho de que o Estado tem o poder de

prender ao que causa o ilícito penal, mas não o poder de ressocializar quando não quiser o preso.²⁶ Onde há lógica?

Mais coerentes, a nosso ver, seriam os doutos professores se reconhecessem que aquele que afrontou à sociedade com sua conduta “delituosa”, e por isso foi “apenado”, devesse ser submetido aos métodos apropriados de reinserção social, que permitiriam a volta do preso ao meio de seus pares sem se constituir em um possível perigo social.

Isto posto, entendemos que, também por esse ângulo, a “socialização” (ressocialização) é legítima, cumprindo o Estado, quando assim procede, função que lhe foi delegada pela sociedade que o compõe.

Outro ponto a ser atacado, e agora bem mais delicado, diz respeito à “socialização” (ressocialização) e à efetiva execução da pena.

Com efeito, conforme já se expôs, ao contrário de Gramática, que propunha a substituição da pena por medida mais compatível com a “ressocialização”, Ancel preocupou-se em erigir teoria que conjugasse a efetiva aplicação da pena com a “ressocialização”.

Estaremos, com o prevalecimento do ponto de vista de Ancel, face a uma nova situação aflitiva, diante de uma incoerência a toda prova. Eis que, como bem

rente”. Ancel ainda acrescenta, em relação ao jovem delinqüente em *A Nova ...*, p. 355: “Porventura não se trataria, no caso também, de um processo de reeducação baseado na idéia de que o jovem delinqüente tem, de certa forma, direito a esse tratamento cuja concepção e aplicação constituem uma obrigação da Sociedade?”.

25. *Problemas ...*, p. 27. Também na p. 29, meta 25 bis de “Funcion De la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democratico de Direito”, Bascli, Cara Editorial S/A. Barcelona, Espanha, Santiago Mir Puig, citando I. Berdugo, apresenta proposição do estado quase semelhante.

26. É o próprio Claus Roxin que afirma (*Problemas*, pp. 34-35) “com efeito, se o Estado deve assegurar os bens jurídicos ao cidadão, ao invés, cada membro da sociedade deve fazer tudo o que seja necessário para que se cumpra uma tarefa comum, isto é... tomar a seu cargo a pena para a manutenção do referido ordenamento tal como, p. ex., também terá de suportar o dever do serviço militar ou o pagamento de impostos sem que por isso se fira sua dignidade. (Sem que por isso se fira sua dignidade) humana. Nesse contexto, o preso, como membro dessa sociedade, e, como dissemos, sem que se fira sua dignidade humana, deverá submeter-se à socialização.

esclareceu David Dresser:²⁷ “De um lado, espera-se que as prisões punam, de outro supõe-se que reformem. Espera-se que disciplinem rigorosamente ao mesmo tempo em que ensinam autoconfiança”, pairando no ar a pergunta o qual logo nos dá a resposta de Augusto Thompson:²⁸ um dos maiores estudiosos do sistema penitenciário brasileiro: “alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? — a experiência, de mais de 150 anos responde: não, e em nenhuma época e em nenhum lugar”.

Interessante, abrindo-se pequeno parêntese, que Marc Ancel, muito embora pregasse a continuidade do Direito Penal como um todo, mantendo-se inclusive as sanções penais, reconhecia que: “Por curta que seja essa privação de liberdade” é uma ruptura: com o trabalho, com o meio, com a família, é uma desgraça que poucos compreendem, uma marca de infância tão solidamente aposta no ser social (como um estigma físico abolido em 1832), acrescentando, “constitui um obstáculo à readaptação, uma causa de desvios de conduta e dessas associações diferenciais em que Sutherland via a fonte principal da criminalidade”.²⁹

Fechado o parêntese, mesmo porque no geral a obra de Ancel mantém a instituição clássica da pena num continuismo incompreensível para um filósofo penal de sua estirpe, é de se notar que o doutrinador esqueceu-se do ser humano que seria “ressocializado”, quando assim agiu, eis que, como afirma Roxin,³⁰ em palavras que endossamos, “Ao pretender que os esforços de ressocialização, em favor do sujeito somente podem começar com a execução da pena,

a primeira coisa que a condenação em si mesmo torna efetiva é uma dura restrição de liberdade do delinquente, restrição que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros e não a ele”.

Aceitando a pena afliativa tal qual ela se encontra nos Códigos (obviamente nos casos em que não prega a discriminização), pelo menos no aspecto “tempo de cumprimento”, Ancel incorre em incoerência gritante.

Suponha-se, nesse sentido, seja qual for o método utilizado, que alguém condenado, p. ex., pelo crime de roubo qualificado (cuja pena mínima é de cinco anos e quatro meses de reclusão), venha, efetivamente, a se “socializar” em um ano. Deveria realmente cumprir o restante da pena, ou pelo menos o prazo que lhe conferisse o direito à liberdade condicional? Com que intuito? Nesse caso, ante à desnecessidade, o *plus* a ser cumprido não seria mera vingança pública? E, em caso contrário, quando a mesma pena não bastasse quantitativamente para alcançar a recuperação do preso, seria ele colocado em liberdade mesmo assim? Nesse caso, como ficariam os postulados e a filosofia do “Movimento”?

Por mais que procure, Ancel não consegue responder a tais perguntas, parecendo, afinal, que simplesmente lançou ao ar formulação penal, pouco se importando em traçar-lhe os balizamentos. Eis que no fundo, seu idealismo continuava preso a uma híbrida corrente de índole neoclássica-positivista.

Seguindo um critério único desde o primeiro instante, parece-nos muito mais fiel a seus ideários Gramática, que, pregando a substituição da pena pelo efetivo “tratamento” do criminoso, vinculava sua volta ao convívio social, à recuperação, com o que adquiria a possibilidade de reinserção no meio do qual havia sido retirado.

27. *Readings in Criminology and penology*, p. 593, Un. Press. Columbia, EUA, 1972.

28. *A questão Penitenciária*, 3.ª ed., p. 10, Ed. Forense, RJ, 1991.

29. As citações encontram-se em *A Nova ...* respectivamente às pp. 126, 358 e 359.

30. *Problemas...*, p. 34.

E, em que pese o princípio da legalidade imperante em praticamente todas as legislações penais, garantindo, na esteira do que prega a “Nova Defesa Social” a *nula poena sine praevia lege*, acreditamos que, por uma questão de lógica, deveriam os adeptos do “movimento” voltar às lições de Saleilles,³¹ o qual proclamava, já em 1898: “La nature de la peine, c’est la nature de l’individu qui doit la déterminer”.

Com efeito, a individualização da pena, que não obedeceria à prévia fixação, sendo dosada pelo juiz da execução de acordo com o progresso alcançado pelo preso em sua “socialização”, ao nosso ver, casa-se, perfeitamente, com a “Nova Defesa Social”.

Poder-se-ia dizer, como se fazia no passado, que o poder imensurável que se estendia aos magistrados, a partir daí, poderia resultar em injustiça, advinda da arbitrariedade.

Mas, mesmo no sistema atual (onde vigora o princípio da legalidade) não é discutível a taxaçaõ do mínimo e do máximo das penas?

Na verdade, em sendo a “culpa” uma realidade impossível de medir-se, não há como cotejar-se “pena medida de culpa”.

Demanda-se, em razão disso, não poucas vezes, o que afirma Maurice Cusson:³² “Pourquoi telle infraction devrait elle être sanctionnés par un an de prison et non un an et demi”?

O único critério perceptivo para adequação supra referida, como, aliás, na sequência assinala Cusson, “est ce qui est considéré comme juste dans une communauté donné à un moment donné”.³³

31. R. Saleilles — *La individualisation de la peine*, p. 172, F. Alcan, Paris, 1927.

32. Maurice Cusson, *Porquoi Punir?*, p. 154, Ed. Dalloz, Paris, França.

33. Ob. e p. cit. O autor na p. 18 da mesma obra, já esclareceu seu ponto de vista em relação à pena ao afirmar: “Punir un crime

E o que é “justo” numa determinada sociedade, num determinado momento político? Sem voltar às antigas discussões naturalistas a respeito de existir o crime porque uma lei penal o prevê, ou de existir a lei porque a sociedade a exigiu em função dos atos anti-sociais que grassavam (o que não comporta o presente estudo), temos para nós que, nos países de Direito legislado, o “justo” é o que o legislador definiu como tal para firmar os modelos da sociedade.³⁴

Assim, aquela pena de 1 ano que se referiu Cusson, pode amanhã ser de 2 ou 3, se assim quiser o legislador.³⁵

Portanto, atrelados à visão antiga e revivendo os discursos do passado negamo-nos a viver sob o arbítrio (que prefiro chamar discricionariedade) do juiz, enquanto, hipocritamente, rendemo-nos à arbitrariedade penal do Poder Legislador.

consiste en etablir un certain rapport entre crime et un quantum de souffrance”.

34. Discutindo o projeto do CP Alemão, Claus Roxin (*Problemas...*, p. 39), expõe a situação sob cunho real ao admitir que o legislador, por questões práticas, ou de conveniência, ultrapassa a pena adequada à culpa, esclarecendo aquilo que deveria ser o lógico: “porém, a justificativa da pena não depende da conveniência, mas da justiça”.

35. Nem se diga, como costuma acontecer, que ao legislador, o qual representa o povo, é permitido criar leis, e por conseguinte aumentar as penas, o que não ocorre com o juiz. É sabido, e já repetimos, que o legislador, ao impor as leis penais, representa as classes mais favorecidas, razão pela qual, inclusive, critica-se como ilegítima sua função de criar normas que imponham castigos. Contestando, aliás, o sistema penal e a função legislativa, Eugenio Zaffaroni (*Em busca das penas perdidas*, trad. p. 25, Ed. Renavam, RJ, 1991, diz que ele é exercido à margem da legalidade, “de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo”.

Em se tratando de uma simples questão de opção, entendemos perfeitamente possível continuar nossa lei penal sob a égide do Princípio da Legalidade, enquanto a pena, esta sim, poderia ser individualizada, considerando-se para tal fim, repetimos, o progresso a ser alcançado por cada preso de *per si* no tratamento socializador a que fosse submetido.

E nem o Princípio da Igualdade restaria ferido!

No sistema atual (pena determinada no mínimo e no máximo), existe uma certa equivalência de penas para crime do mesmo grau.

Assim, em circunstâncias normais, os condenados pelo mesmo crime, cumprirão a mesma pena.

No sistema de individualização, se um recluso se recuperasse mais prontamente, cumpriria tempo de afastamento do seio social menor que o outro condenado pela mesma infração, o que poderia, de início, desenharse com um ferimento ao Princípio supramencionado.

Sobre o tema, mais uma vez invocamos Maurice Cusson, que, em sua obra já citada, leciona: "La justice ne se réduit pas à l'égalité. Si on la veut à tout prix, on sera conduit à imposer des peines fixes pour chaque catégorie d'infractions. Mais on n'obtient alors que une égalité té formelle: des délits apparemment semblables seront sanctionnés de la même manière. Aucune personne raisonnable n'acceptera de croire que tous les vols par effraction se valent ... L'égalité est just quand deux cas véritablement semblables sur les critères pertinents sont traités de manière semblable".³⁶

Ora, estendendo-se tais observações a criminosos que praticaram fatos semelhantes à mesma condição de adaptação ao meio social, e se elegendo tal como pena, mesmo que não sejam fixados

limites mínimos e máximos, há que se concordar que foi aplicado o princípio da igualdade.

Se o que se visa, no fundo, é a reabilitação, não se pode unicamente, aceitar-se pseudo-equivalência crime-castigo (função preventiva e neutralizadora que nada tem resolvido), conforme asseveramos no início do capítulo, devendo-se, isto sim, adaptar-se à pena a justa reforma do criminoso.

Pelas observações expostas, temos para nós que o "Movimento da Nova Defesa Social" não apresentou a melhor solução para o problema do cumprimento de pena. Tal Movimento deveria seguir, um pouco mais moderadamente as pegadas de Gramática.³⁷

37. Não significa nossa opinião que pargue-mos como Gramática, a falência do Direito Penal, o que conduziria inexoravelmente a vingança privada, conforme traz Maurice Cusson, *Porquoi...*, pp. 54-58. Como se nota do estudo, propusemos apenas modificações no sistema de penas, que, de "determinada" sistemas de penas, passaria a ser "indeterminada". Por outro lado é de se ver que um conceito de Direito Penal voltado unicamente para a pena, ou seja, "ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento e segurança" (Johannes Wessel — *Direito Penal, Parte Geral*, trad. bras., p. 5, Sérgio Antonio Fabris Editora, Porto Alegre-RS, Brasil, 1975), já não vigora. Além do aspecto penal, em termos atuais visa o Direito Penal deixar de ser uma manifestação de poder "al servicio de la conservación social, e transformando-se em instrumento para el progreso del pueblo e promovendo "el desarrollo, el mejoramiento, de la sociedade" ", segundo as palavras de Antolisei de *Derecho Penal — Parte Generale*, 8.ª ed., p. 3, Ed. Temis, Bogotá, Colômbia, 1988). Na verdade, sintetizando conforme Zaffaroni, pode-se afirmar que "el derecho penal no puede tener otra meta que la de prover seguridad jurídica, puesto que ese debe se el objeto de todo el derecho" (Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de*

36. *Porquoi ...*, p. 146.

De maneira geral, para o momento, eram, essas as observações críticas que permitiam os postulados do Movimento da Nova Defesa Social, nas idéias de Ancel.

Poderíamos citar mais algumas falhas na teoria da "Nova Defesa Social" tais quais eximir-se Ancel de detalhar (ou pelo menos de tracejar) os contornos do sistema "ressocializador" (socializador) ou que mais grave, estar convencido de que sua ressocialização não se aplicaria a todos³⁸ ("... é também evidente que nem todos os delinqüentes são igualmente suscetíveis de empreender esse esforço e que nem todos podem ser ressocializados ao bem ...") A esse respeito é de se esclarecer que a Defesa Social nunca pretendeu que todos os delinqüentes pudessem ser ressocializados. Acreditamos, no entanto, que as observações trazidas já sejam suficientes para conduzir à reflexão sobre as concepções de Ancel.

3. Conclusão

Como conclusão, cabe adequar nosso estudo à realidade brasileira.

Derecho Penal, 4.^a ed., p. 49, Cardenas Editor e Distribuidor, La Mesa, México, 1988). Assim, parece-nos que mesmo que se ataque o sistema de penas (o que não é nosso caso, que apenas propusemos, repita-se a mudança) o Direito Penal, enquanto protetor dos direitos humanos através do *nullum crimen sine legis*, enquanto regulador da "mínima intervenção estatal", deverá permanecer, seja qual for a sociedade, mesmo nas mais perfeitas, sonhadas, quem sabe, por Gramática ou Ancel. Insista-se, conforme Zaffaroni, uma vez mais (*Em busca das penas perdidas*, pp. 22/3) que: "O poder (do sistema penal) não é mera repressão (não é algo negativo), pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite no exercício do poder".

38. *A Nova Defesa...*, pp. 353-354.

Realmente, longe de nos perdermos em formulações teóricas que sustentem o excessivo tecnicismo penal atual, pretendemos, através de nossas superficiais observações, demonstrar que as idéias de Ancel estão longe de perfeição, sendo exagerada, por isso, a influência que exerceram, sobre vários sistemas penais, inclusive o brasileiro.

Entre nós, nessa seqüência, seguindo tradição antiga, os responsáveis pela Reforma Penal de 1984 importaram as concepções da "Nova Defesa Social". Fizeram-no, no entanto, sem cuidar de estabelecer a efetiva aplicabilidade dos mesmos no contexto sócio-político-econômico-cultural brasileiro.

Em decorrência, em função da falta de análise, que, mesmo superficial, já demonstraram as falhas do "Movimento", foi-nos outorgado um Código Penal rico em modernidade, porém, na prática inaplicável.

A título de exemplo, veja-se a cidade de São Paulo, onde as varas criminais prolatam a cada dois anos aproximadamente 12.000 mil sentenças condenatórias em processos apenados com detenção.

Segundo a Vara de Execuções Penais (em jan./92) do extravagante número, à evidência de que o julgador ainda não absorveu o espírito do Código, (embora passado tanto tempo), não existe estatística do número de suspensões de Direito, dados os raros casos em que se aplica, transformando-se, por outro lado, as penas de "limitação de fins de semana" e "prestação de serviços" à comunidade. Este último substitutivo, por seu turno, foi, no espaço de tempo citado, aplicado a apenas 467 sentenças condenatórias, sendo somente 151 condenados a chegarem ao fim do determinado judicialmente.

Observe-se, ainda, conforme afirmou, na mesma época, o responsável pela colocação dos condenados à prestação de trabalhos, que alguns hospitais (seis, do

total de dez), e outros órgãos públicos, negam-se a aceitar os condenados para o efetivo cumprimento das penas substitutivas.

Assim, pode-se reafirmar que, nesse sentido, conforme aconteceu com a Lei de Execuções Penais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei penal não entrou em vigor.

Já é tempo de se entender que devemos nos ater à nossa realidade elaborando legislações que a ela se adapte. Em vez de encomendarmos falhas e sofisticadas concepções estrangeiras, está na hora de compreendermos que, para que a pena

tenha um outro fim que não o castigo pelo castigo como ocorre na sociedade brasileira atual, deve-se passar por uma reforma de base.

Com efeito, qualquer tentativa de modernização do sistema penal deve lastrear-se em uma reforma política que se impõe a uma sociedade opressora, desigual e corrupta.

De nada adiantarão as elocubrações dos maiores gênios a persistir na hipocrisia social que clama por segurança e, ao mesmo tempo, alimenta o crime, se continuar a vigor o capitalismo selvagem que seleciona e estigmatiza.

CÁLCULO DE PENA E O DEVER DE MOTIVAR

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

1. Histórico e fundamento do dever de motivar — 2. Necessidade de fundamentação do cálculo de pena — 3. As fases do cálculo; 3.1 A pena-base; 3.2 As atenuantes e agravantes; 3.3 Das causas de aumento e de diminuição — 4. Conclusão — 5. Bibliografia.

1. Histórico e fundamento do dever de motivar

Registra a história do direito precedentes antigos de decisões que não precisavam ser motivadas. A partir da consagração no Ocidente do racionalismo iluminista tal concepção alterou-se. Já no final do séc. XVIII algumas legislações passam a adotar a necessária motivação das sentenças. Esta surge “como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à revolução francesa. Apareceu, por primeira vez, na lei de 8-9.10.1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *pour le cas résultant du procès*”.¹ A obrigatoriedade de motivação constituiria um traço marcante das legislações que se seguiram. O séc. XIX foi marcado por inúmeros códigos que adotaram a medida em seus textos. O “Code de Procédure Civile” francês de 1807, o “Codice di Procedura Civile” italiano de 1865, a “ley de Enjuiciamiento” civil espanhola de 1881, a Ordenação alemã de 1877, a Ordenação austríaca de 1895, são alguns exemplos de diplomas normativos que adotaram a fundamentação como necessária.

“Dado relevante é a atribuição de dignidade constitucional, em mais de

um país, ao dever, imposto aos juízes, de motivar as decisões. O fenômeno não esgota sua significação no acréscimo de estabilidade que assim imprime à norma, colocada ao abrigo das vicissitudes legislativas em nível ordinário; sugere, ademais, visualização diversa da matéria, pela adequada valoração de seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. O exemplo mais conhecido é o da Itália, onde o art. 111 da Constituição de 1948 reza na 1.ª alínea: *tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*; podem citar-se a Constituição belga de 1931 (art. 97), as Constituições gregas de 1952 (art. 93) e de 1968 (art. 117) e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru”.² Entre nós, a partir de 1988, tal princípio processual também foi constitucionalizado. Encontra-se consagrado no inc. IX do art. 93, assim vazado: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados

1. Fragoso, Heleno Cláudio, “A Motivação da Sentença na aplicação da pena”, *RF*, v. 227/15, jul.-set./1969.

2. Barbosa Moreira, José Carlos, “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. *Temas de direito processual*, 2.ª série, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 84.

atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

A obrigatoriedade de motivar-se a sentença tem suas raízes no direito lusobrasileiro. As Ordenações Filipinas dispunham sobre a matéria, no Liv. III, Tít. LXVI, § 7: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na 1.^a instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.

Seguindo-se essa tradição, já na República velha, muitos códigos estaduais de processo adotaram dispositivos que determinavam ao julgador que fundamentasse seu julgado. Assim o fez o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul (art. 499), o baiano (art. 308), o mineiro (art. 382), o paulista (art. 333). O Código de Processo Civil em vigor, em seu art. 131 estatui: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento”. O Código de Processo Penal, em seu art. 381, estabelece que: “A sentença conterá: III. a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Se o dever de motivar é consagrado constitucionalmente e, também, na legislação infraconstitucional de cunho processual, qual o fundamento a justificar a sua imposição em julgados? Com o fim do sistema tarifado ou legal e a adoção do sistema de livre convencimento, há a necessidade de estabelecer parâmetros

para, garantindo o poder discricional do juiz na busca da verdade real, limitar o eventual arbítrio que poderia surgir da falta de motivação.³

Antes de adentrarmos aos fundamentos técnicos, merece ser feita a abordagem das razões políticas do dever de motivar. Firma-se a convicção de que o problema se põe, hoje, sobretudo, no plano dos princípios fundamentais de ordem política. “Nesse contexto, avulta a idéia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida”.⁴

Para Couture, a motivação é da própria essência do sistema democrático, elemento intrínseco necessário “para a aproximação da Justiça aos cidadãos”.⁵ Reforçando tal entendimento merece citação a opinião de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci quando afirmam que: “realmente, dada a dimensão de seu significado jurídico-político, afloram, em nossos dias, a necessidade de controle (extraprocessual) generalizado e difuso sobre o *modus operandi* do juiz no tocante à administração da justiça. E isso significa, como adverte Taruffo, que os destinatários da motivação não são somente as partes, os seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida em seu complexo, com opinião *quisque de populo*”.⁶

Sendo, hoje, a garantia de motivação de índole constitucional, além de princípio inserido na lei federal, o controle a

3. Bellavista, G. e Tranchina G., *Lezioni di diritto processuale penale*, 9.^a ed., Milão, p. 477.

4. Barbosa Moreira, José Carlos, op. cit., p. 87.

5. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 87.

6. “Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo”. S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 77.

seu respeito poderá ser feito via recurso especial, através do STJ (controle da legalidade) e via STF (controle da constitucionalidade), aferindo os órgãos de cúpula sua observância pelos Tribunais estaduais e federais que tiverem julgado a causa em última ou única instância. Daí a importância de se verificar o âmbito de abrangência da garantia da motivação.⁷

Além da motivação entendida como garantia do Estado Democrático de Direito para a tutela da liberdade individual, avultam aspectos mais puramente técnicos que se relacionam, de forma específica, com o direito infraconstitucional. Relaciona-se com o direito penal que, em nossos dias, orienta-se no sentido da realização da justiça material, ampliando-se, por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto da pena (em caso de decreto condenatório). Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta. Relaciona-se, ainda, com o direito processual, posto que é da própria essência de nosso processo a motivação dos decisórios, seja para permitir sua impugnação, seja para uniformizar os julgados.

A doutrina clássica entende a sentença como fruto de uma delicada e complexa operação lógica em que o juiz manifesta por escrito o raciocínio por ele seguido e que tem suas raízes na consciência moral do julgador.⁸ A motivação, enquanto rigidamente estruturada segundo uma combinação lógica necessária, surge principalmente como um modo de impor a decisão, reforçando a autoridade substancial e formal, posto que tende a demonstrá-la, mais que justificá-la, pon-

do em evidência seu caráter racional. "Assim considerada, afigura-se correta a asserção de que, do ponto de vista subjetivo, a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a '*ratio scripta*' que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição".⁹

De tudo o quanto já foi dito, ao contrário do que poder-se-ia imaginar, quanto maior o conteúdo discricionário da decisão mais necessária é a motivação, especialmente para que se possa aquilatar se o juiz usou bem ou mal a liberdade que lhe foi conferida. Mais do que isso, serve a motivação para que o órgão *ad quem* possa verificar quando da necessidade de reforma ou de manutenção do decisório. Só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador. A motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram.¹⁰

Ademais, serve a motivação "como condição eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, para a qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados".¹¹ Assim, em nosso entender, não só a ausência de motivação como a motivação deficitária podem viciar o ato decisório.¹² Isto decorre, logicamente, da idéia segundo a qual as conclusões só afloram quando decorrem de razões fundamentadas.

9. Tucci, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e, op. cit., p. 74.

10. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *As nulidades no processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, p. 159.

11. Barbosa Moreira, José Carlos, op. cit., p. 87.

12. Também nesse sentido o pensamento de Paulo Cláudio Tovo em *Nulidades do Processo Penal Brasileiro*, p. 55.

7. Grinover, Ada Pellegrini, "O Controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros", in *Ajuris*, n. 50, nov./90, p. 8.

8. Nesse sentido, Bettiol *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 220; Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, p. 14.

2. Necessidade de fundamentação do cálculo de pena

A reforma de 84 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, para poder melhor habilitá-lo a proceder a uma individualização de pena mais justa. O processo que o juiz realiza para determinação da pena atenta para o desvalor da conduta, aplicando a pena que seja suficiente e necessária em face da culpabilidade do autor do delito. Pode o juiz substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos, multa, ou ainda conceder suspensão condicional da pena.

Com o advento do CP/40, duas correntes, entestadas por Nélson Hungria e Roberto Lyra, divergiam sobre a forma de proceder ao cálculo. Para este a operação era bifásica. Num primeiro momento analisavam-se as circunstâncias judiciais do art. 42 (atual 59). Fixada a pena base, incidiam todas as demais circunstâncias legais, fossem agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.¹³ Como é evidente, do concurso de todas essas circunstâncias previstas para a 2.^a fase da fixação da pena, diluíam-se os fundamentos motivadores da pena, fazendo com que o grau de incerteza fosse muito maior.

Para Hungria o procedimento era trifásico. No primeiro estágio do cálculo o juiz verificaria as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para *a posteriori* levar em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por derradeiro, aplicar as causas de aumento e de diminuição, quer previstas na Parte Geral, quer na Parte Especial. Esta alternativa, à evidência, permite um maior controle sobre o raciocínio elaborado pelo magistrado para atingimento do resultado final. A Reforma, seguindo o moderno pensamento segundo o qual o

grau de incerteza deve ser minimizado, adotou a tese de Hungria, acabando com a polêmica e estatuidando o procedimento trifásico da seguinte forma: Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

A exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes. Diz Hélio Tornaghi, no seu "Curso de Processo Penal", que "O juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade".¹⁴

Não é exatamente o mesmo que ocorre, p. ex., nos EUA. No ano de 1989, com grande publicidade, chegou ao fim o processo criminal contra o "televangelista" Jim Bakker. Acusado de obtenção fraudulenta de 158 milhões de dólares de seguidores de sua Igreja, foi condenado a 45 anos de prisão. Tal pena, segundo os padrões norte-americanos, foi considerada como extremamente rigorosa. Excede, em muito, às penas normalmente atribuídas a crimes graves (9 anos e 4 meses, por estupro; 8 anos, por homicídio; 3 anos e 9 meses, por fraude).¹⁵ A flexibilidade imperante como decorrência lógica do sistema do *Common Law* acaba por trazer grande dose de incerteza nas

13. Noronha, E. Magalhães, *Direito penal*, 1.^o v., S. Paulo, Saraiva, 1963, p. 313.

14. *Curso de Processo Penal*, 6.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, II/174. Com igual conteúdo merece lembrança o trecho da obra de Adalberto Dias Tristão, *Sentença Criminal*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993, p. 31.

15. Cruz, José Raimundo Gomes da, "Individualização da pena e garantias do acusado", in *RT* 671/395 set./1991.

decisões criminais condenatórias. Levando em conta tais incertezas é que, em 1984, o Congresso Norte-americano criou uma comissão com objetivos de ensinar um enquadramento uniforme para as punições (*U. S. Sentencing Commission*), que tomaria por referência circunstâncias como o uso de arma de fogo, o grau de prejuízo, a idade da vítima etc. O novo sistema passou a vigorar, somente no âmbito dos crimes federais, a partir de 1987.

A dificuldade para resolução do problema nos EUA é agravada pela autonomia que aquele sistema federativo atribui aos membros da Federação. Lá, cada Estado-membro pode legislar sobre direito substancial e direito processual, o que dificulta a criação de uma norma com alcance mais abrangente. "A doutrina entende que no 'sistema do Direito anglo-americano' não existe norma impondo 'o dever de inserção dos fundamentos' nos julgamentos (José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, S. Paulo, Saraiva, 1987, p. 96). Haveria apenas o uso reiterado de 'motivação espontânea' e não um requisito legal da sentença (Cruz e Tucci, ob. cit., pp. 96 e 97)".¹⁶

Em nosso sistema, "para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha, assim, uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, sob pena de ser nulo o seu pronunciamento".¹⁷

16. Cruz, José Raimundo Gomes da, op. cit., p. 397.

17. Frederico Marques, José, *Tratado de Direito Processual Penal*, S. Paulo, Saraiva, III/253.

A defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É, principalmente, impossibilitar o ataque lógico ao julgado objeto de recurso.

A Jurisprudência paulista acolheu tal entendimento, conforme se verifica do Julgado acostado em RT 612/301, da lavra do Des. Gonçalves Sobrinho (Ap. 45.716-3, J. 8.9.86, 4.^a C., v.u.): "Sentença Criminal — Nulidade — Inexistência de fundamentação no tocante à aplicação da pena — Falta de menção à pena-base e à redução efetuada — Inadmissibilidade — Apelação provida — Inteligência e aplicação do art. 68 do CP.

Cumpra ao juiz, sob pena de nulidade da sentença, destacar nesta, motivadamente, os fatores que explicam a pena-base e a redução que for operada. O Código Penal, com a inovação da Lei 7.209/84, tornou obrigatório o critério chamado 'trifásico' para o cálculo da reprimenda".

E também, neste recente acórdão, contido em RT 688/312, relatado pelo Des. Renato Talli: "Sentença — Nulidade — Fixação da pena com inobservância do critério trifásico — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 68 do CP.

É de se anular a sentença que inobserva o critério trifásico previsto no art. 68 do CP para o cálculo da pena, não estabelecendo a pena-base e não esclarecendo o *quantum* das alterações por ela sofridas em virtude das atenuantes e agravantes, bem como a influência exercida na parte final pelas causas de aumento e de diminuição". (HC 128124-3/0 — 2.^a C., j. 6.7.92, v.u.).

Com o mesmo teor o acórdão inserto em RT 606/420, da 2.^a T. do STF, rel. Min. Francisco Rezek, no HC n. 63.597-1-SP, j. 4.3.86, v.u.: "Cumpra ao juiz, na sentença, destacar, motivadamente, os

fatores que explicam o alvitre da pena-base acima do mínimo legal. O CP, com a inovação da Lei 7.209/84, tornou obrigatório o critério chamado trifásico, para o cálculo da reprimenda (art. 68)".

3. As fases do cálculo

Como já se mencionou acima, o cálculo de penas, após a Reforma de 84, passou a ser, obrigatoriamente, um procedimento trifásico. Seguindo a sequência do art. 68 do CP, na 1.^a fase fixa-se a pena-base, em face dos critérios estabelecidos no art. 59 do CP. Na 2.^a operação são apreciadas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do CP, que são aplicadas sobre a pena anteriormente estabelecida. A operação derradeira discute as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, aplicadas, estas, por sobre o resultado a que se chegou na 2.^a fase. Analisemos *de per se* cada uma dessas operações.

3.1 A pena-base

Na 1.^a fase o juiz deverá examinar as circunstâncias judiciais enfeixadas no art. 59 do CP. Estas circunstâncias dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o *quantum* da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP), o que nem sempre é feito. Como saber-se, p. ex., sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disserem?

Há quem tenha indagado, alhures, em qual fase do cálculo consideram-se as circunstâncias qualificadoras. A resposta é simples: na 1.^a fase. Assim, se o homicídio for qualificado — e não simples — a pena deverá variar de 12 a 30 anos (e não de 6 a 20). O mesmo ocorrerá se houver qualquer uma das

hipóteses previstas no art. 155, § 4.^o do CP, em caso de furto. A pena, outrossim, não pode exceder os limites quantificados no tipo penal (seja o simples, seja o qualificado), de tal forma que a privação da liberdade não poderá ficar aquém ou além do limite mínimo e máximo *in abstracto*.

Outro aspecto a ser considerado é o alerta levantado pelo Prof. Nelson Ferraz. Diz ele que "quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, em se tratando de réu reincidente, esta circunstância não poderá incidir a título de antecedentes, da 1.^a fase da dosimetria, mas tão-somente, como circunstância legal da 2.^a fase — art. 61, I, do CP".¹⁸

A proibição desse *bis in idem* é matéria fartamente analisada por nossos Tribunais. Inúmeros os Acórdãos que reformaram decisórios proferidos pelos juízos monocráticos por estes terem considerado um mesmo aspecto em duas fases distintas do cálculo. V., a propósito, os julgados constantes de *RJTACRIM* 5/145, 10/118, 10/138, 15/130; *RT* 683/328, este último cuja ementa se transcreve: "Pena — Furto — Aumento com base em maus antecedentes — Novo aumento face à reincidência — Impossibilidade — Reconhecimento de antecedentes criminais não é causa de majoração, mas sim de fixação da pena-base — Sentença reformada — Inteligência dos arts. 59 a 61 do CP".

(Ap. 707173-5, 6.^a C. do TACrim-SP, j. 29.1.92 — Rel. Juiz Almeida Braga).

Um outro problema, na maioria das vezes não analisado pela doutrina, é a fixação da pena-base quando há o concurso de circunstâncias judiciais, ora favorável, ora desfavorável ao agente do delito. Como resolver essa situação? As variantes poderiam ser assim elencadas:

18. Ferraz, Nelson, "Dosimetria da pena", in *RT* 680/319, S. Paulo, jun./1992.

a) todas as situações judiciais são favoráveis ao réu; b) todas são desfavoráveis; c) algumas são favoráveis, outras desfavoráveis.

Na 1.^a situação, como é evidente, a pena ficará no mínimo legal, posto que nada é desfavorável ao condenado.

A 2.^a hipótese é um pouco mais complexa. Poderia, desde logo, ser fixada a pena máxima? Em nosso entender não. Aqui, invoca-se o magistério de Fábio Bittencourt da Rosa, em excelente artigo sobre o tema, onde faz-se a advertência da cautela necessária nesta situação: "cabe ao juiz muita atenção, porque deverá considerar a eventual existência de circunstância agravante. É que, como regra, a simples consideração das circunstâncias do art. 59 não poderá ensejar pena superior à média (soma no mínimo e do máximo, dividida por dois). E somente um quadro de gravidade nos agravantes genéricas justificaria uma aproximação do limite máximo da pena abstratamente prevista."¹⁹

Na 3.^a hipótese — situação de algumas circunstâncias favoráveis e outras desfavoráveis — deve o juiz utilizar-se, analogicamente, dos critérios previstos no art. 67, verificando quais as circunstâncias preponderantes e quais os motivos que determinaram o cometimento do crime. Assim, os antecedentes devem prevalecer sobre a conduta social do agente; os motivos do crime preponderam sobre o comportamento da vítima etc.

Uma última hipótese pode ocorrer. Ela só acontecerá se não existirem dados que sirvam de parâmetros para avaliação global. Isto só acontece se o juiz, no decorrer da instrução, não puder fazer vir aos autos elementos que sirvam de referência para o cálculo (muitas vezes o agente do delito é desconhecido na ci-

dade em que o crime foi cometido, ou não se tem conhecimento de suas atividades sociais, etc.). Se isso ocorrer, dada a impossibilidade de se prejudicar o agente do delito, que não pode sofrer pela ineficiência do Estado, a pena-base deverá ser fixada em seu mínimo.

3.2 As atenuantes e agravantes

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

A lei penal, ao contrário do que faz com as causas de aumento e de diminuição, não fixa o *quantum* a ser majorado ou mitigado nesta fase. É a jurisprudência que o faz, caso a caso, e de acordo com critérios variáveis; hoje, tem fixado em 1/6. No entanto, qualquer majoração ou mitigação de pena não pode conduzir a resultado que exceda os limites do tipo. Não se vai além do máximo e nem se vem aquém do mínimo. Este critério rígido, aparentemente simples, ainda hoje suscita inúmeras reformas de sentenças de 1.^o grau. Senão vejamos: "Pena — Aplicação — Redução a um nível inferior ao mínimo cominado — Circunstância atenuante — Impossibilidade — Entendimento: Impossível a redução da

19. Rosa, Fábio Bittencourt da, "A pena e sua aplicação", in RT 668/246, S. Paulo, jun./1991.

pena-base a nível inferior ao mínimo cominado, por incidência de circunstância atenuante, sendo que tal propriedade é conferida tão-somente a causa de diminuição.” (RTJACRIM 13/156, Ap. 721.385/2, 7.^a C., j. 17.3.1993, v.u., rel. Juiz Corrêa de Moraes).

E, ainda, este Acórdão inserto em RT 671/299, relatado pelo Des. Ary Belfort: “Pena — Fixação — Circunstâncias atenuantes e agravantes — Impossibilidade de alterarem os limites cominados da reprimenda-base como se fossem causas de diminuição e aumento. Institutos diversos, sendo aquelas acidentais e estas essenciais do crime — necessidade de observância do critério trifásico estatuído no art. 68 do CP”. (Ap. 80.733-3, 4.^a C., j. 22.10.90, v.u.).

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

A Jurisprudência acolhe tal entendimento, ainda que com algum titubeio. O STF, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello assim assentou a questão: “Pena — Aplicação — Concorrência entre circunstância agravante e cir-

cunstância atenuante — Prevalência daquela de índole subjetiva — Aplicação do art. 67 do CP.

Na hipótese de concurso entre uma circunstância agravante (a vítima era cônjuge do paciente) e uma circunstância atenuante (confissão espontânea do acusado), deve prevalecer, em face de seu caráter de preponderância, aquela de índole subjetiva, fundada nos motivos determinantes da prática delituosa”. (RT 678/399, HC 68.643-5, 1.^a T., j. 4.6.1991, v.u.).

3.3 Das causas de aumento e de diminuição

Na última fase do cálculo da pena privativa de liberdade haverá a consideração das causas de aumento e de diminuição, sejam elas previstas na parte geral ou na especial. A partir do resultado obtido na fase intermediária é que passará a incidir as causas de aumento e diminuição. Nesta fase, diferentemente do que ocorre nas anteriores, a pena pode suplantiar os limites do tipo. Imagine-se, p. ex., um furto simples, na forma tentada. A Pena que tinha sido fixada em seu mínimo, na 1.^a fase, confirmada na fase seguinte em face da inexistência de causas agravantes ou atenuantes, será diminuída de 1 a 2/3, podendo atingir o *quantum* de 4 meses.

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

Havendo duas causas de diminuição elas incidem cumulativamente. Isto significa que são feitas duas operações sucessivas. Se assim não for corre-se o risco de se chegar à pena “zero”. Tome-se como exemplo um homicídio privilegiado cometido na forma tentada. A

pena-base foi fixada no mínimo. Se nós diminuirmos $1/3$ pelo privilégio mais $2/3$ pela tentativa chegaremos ao absurdo de se proferir sentença condenatória sem qualquer pena ($6 \text{ anos} - 3/3 = \text{zero}$). Como se faz esse cálculo? Em fases sucessivas. Subtrai-se $1/3$ de 6 anos. Obtém-se 4 anos. Desse *quantum* subtrai-se $2/3$. O resultado final é 1 ano e 4 meses. Esta é a pena definitiva. Observe-se, outrossim, que havendo duas causas de diminuição prevista na parte especial, a lei faculta ao juiz limitar-se a uma só diminuição (ou aumento), conforme parágrafo único do art. 68. Essa questão será melhor examinada a seguir.

Havendo duas causas de aumento, o cálculo não é cumulativo mas sucessivo. Se assim não fosse, na segunda incidência de causa de aumento estaria embutido, de novo, nessa operação, o *quantum* da pena relativo ao primeiro aumento. Imaginemos um furto praticado durante o repouso noturno (aumento de $1/3$), continuamente (art. 71, aumento de $2/3$). Tendo sido a pena fixada no mínimo, ou seja, 1 ano, a pena final deve ser de 2 anos ($1 \text{ ano} + 3/3$). Se, ao contrário, fizermos o cálculo cumulativo teríamos: $1 \text{ ano} + 1/3 = 1 \text{ ano e } 4 \text{ meses}$. A partir daí incidiria $+ 2/3$ e o resultado final seria 2 anos 2 meses e 20 dias, extremamente lesivo ao condenado pela incidência de $2/3$ sobre um valor já acrescido (de $1/3$).

Outro aspecto comum é o de duplo aumento previsto na parte especial do código. O juiz pode limitar-se a um só aumento. Imagine-se um roubo com emprego de arma, cometido em concurso de pessoas. Para Álvaro Mayrink da Costa “quando há duas causas de aumento em relação ao mesmo ilícito penal há maior desvalor no obrar razão pela qual advoga-se que o aumento seja da metade, e não uma sendo admitida como qualificativa e a outra como circunstância agravante (é a orientação dominante no

TACRIM-RJ)”.²⁰ Assim, a pena aplicada a esse roubo seria de 6 anos e não 5 anos e 4 meses, como normalmente acontece no Estado de São Paulo, em que o Tribunal de Alçada tem posição divergente daquela preconizada pelo professor carioca.

A última situação prevista é a da existência de uma causa de diminuição e outra de aumento. Imagine-se um furto com a exasperante de $1/3$ por ter sido cometido durante repouso noturno e com a mitigação de $2/3$ pela tentativa. Como bem observa Nelson Ferraz: “é irrelevante a ordem de aplicação das causas especiais, sendo que a pena final, em qualquer caso, será de 5 meses e 10 dias...”.²¹

A última dificuldade surge quando há uma causa de aumento e outra de diminuição com índices operacionais iguais (ex: roubo, com emprego de arma, porém tentado, com uma diminuição do mínimo previsto no art. 14, parágrafo único). Tais índices ($- 1/3$ e $+ 1/3$) não podem ser simplesmente desconsiderados, posto que prejudicial ao condenado. Necessária a operação sucessiva deles. É o entendimento dominante de nossos Tribunais: “Pena — Fixação — Causas de aumento e diminuição — Atuação em momentos sucessivos — Inadmissibilidade de compensação por iguais os índices operacionais — Procedimento prejudicial ao réu, eis que a causa de redução deve operar por último, sobre o quantitativo maior”. (RT 671/371, TARS, Ap. 290155266, 1.^a C., Rel. Juiz Aristides Pedroso de Alburquerque Neto, v.u.).

4. Conclusão

Na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confun-

20. Costa, Alvaro Mayrink, *Direito Penal*, 2.^a ed., RJ, Forense, 1988, I/1.069.

21. Op. cit., p. 321.

dida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem a obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença: como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionalizada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.

5. Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". *Temas de Direito Processual*, 2.ª série, Saraiva, 1980.
- BELLAVISTA, G. e TRANCHINA, G., *Lezione di diritto processuale penale*, 9.ª ed., Milão, 1984.
- BETTIOL, Giuseppe, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milão, Giuffrè, 1966.
- CALAMANDREI, Piero, *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, Universitaria, 1959.
- COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal*, 2.ª ed., RJ, Forense, 1988, I.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1966.
- CRUZ, José Raimundo da, "Individualização da pena e garantias do acusado", *RT* 671, set./91.
- FERRAZ, Nelson, "Dosimetria da pena", *RT* 680, jun./92.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, "A motivação da sentença na aplicação da pena", *RF*, v. 227, jul./set., 1969.
- FREDERICO MARQUES, José, *Tratado de Direito Processual*, S. Paulo, Saraiva, v. III, 1980.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, "O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros", *AJURIS*, n. 50, nov./90.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *As nulidades no processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, 1992.
- NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, 1.ª v., S. Paulo, Saraiva, 1963.
- ROSA, Fábio Bittencourt da, "A pena e sua aplicação", *RT*, jun./91.
- TORNAGHI, Hélio, *Curso de processo penal*, 6.ª ed., S. Paulo Saraiva, 1989.
- TOVO, Paulo Cláudio, *Nulidades do Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- TRISTÃO, Adalberto Dias, *Sentença Criminal*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (Atuação — Competência — Caráter Investigatório)

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Associado, regente da disciplina Direito Processual
Penal nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP

I — Consultam-me os ilustres advogados Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior acerca da situação procedimental de seu cliente Cláudio Francisco Vieira perante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional que investiga “irregularidades apontadas pelo Sr. Pedro Collor de Mello”.

Esclarecem que mencionado constituinte tem sido considerado, formalmente, pela Comissão, como testemunha; porém tratado, na realidade, como acusado durante a prestação de depoimentos (fato que, aliás, se tornou notório pelo constante noticiário dos órgãos da imprensa escrita, falada e televisiva).

E dela recebeu o Ofício n. 151/92-CPMI-PC, datado de 28.7.92, mediante o qual, afirmando-se destinada a “apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello, referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcanti Farias, capazes de configurar ilicitude penal”, solicitava-lhe, “com fundamento no que dispõem o art. 58, § 3.º, da CF, e o art. 2.º da Lei 1.579, c/c o art. 148 do Regimento Interno do Senado Federal”, o “encaminhamento, a esta CPMI, até o seu próximo depoimento, sob as penas da lei, dos seguintes documentos:

1. original do contrato de abertura de crédito firmado entre a Alfa Trading S/A. e V.Sa.;

2. tradução para o português, por tradutor público juramentado, de todos os

documentos escritos originalmente em idioma estrangeiro;

3. comprovação do crédito da importância correspondente a 3.750.000 dólares norte-americanos, em favor de V.Sa. ou de alguém que haja indicado;

4. comprovação da transferência, para o Brasil, do crédito correspondente aos 3.750.000 dólares americanos, acima especificados, seja em nome de V.Sa. seja em nome de 3.º que haja indicado, acompanhada dos registros no Banco Central do Brasil;

5. autenticação do “Sello Notarial” “N” 816168, no Consulado do Brasil em Montevidéu, Uruguai;

6. original do “Anexo A” (*Exhibit A*) do contrato de financiamento (*Credit Agreement*) e sua trad. juramentada;

7. estatuto societário da Alfa Trading S/A., com modificações a partir de 1983;

8. cópia do instrumento de mandato relativo à gestão dos negócios alegados por V.Sa. ou, se for o caso, da ratificação formal da atuação de V.Sa. por S.Exa., o Sr. Pres. Fernando Affonso Collor de Mello;

9. cópia do contrato de compra de ouro, firmado por V.Sa., com o Sr. Najum Azario Flato Turner, referido na Escritura de Declaração, cuja cópia foi encaminhada a esta CPMI;

10. certificado nominativo da compra e de cada venda do ouro adquirido para V.Sa. pelo Sr. Turner, a partir de 1989,

com a especificação das datas, montante negociado e valor de cada operação;

11. discriminação das instituições financeiras em que foi depositado o numerário obtido com operações de venda de outro, indicando banco, agência, número de conta, com o nome de seu titular, e o nome do depositante;

12. comprovantes dos depósitos feitos na conta da Sra. Maria Gomes, ou Ana Acioli, ou Ana Maria Acioli Gomes de Melo, diretamente ou por intermédio das seguintes pessoas: a) Carlos Alberto da Nóbrega; b) José Carlos Bonfim; c) Flávio Maurício Ramos; d) Jurandir Castro Menezes; e) Rosalina Cristina Menezes; f) Manoel Dantas Araújo; g) Jorge Luis Conceição e h) Rosimar Francisca de Almeida”.

Do mesmo modo, o Ofício n. 183/92-CPMI-PC, datado de 30.7.92, solicitando, igualmente, o encaminhamento, “a esta CPMI, em 48 horas, sob as penas da lei, cópia de inteiro teor dos documentos contábeis e/ou de livro-caixa em que mantenha os registros da administração de seus recursos confiados ao Sr. Najum Azario Flato Turner, e apresente, no mesmo prazo, os originais, para vistas”.

II — Por isso que os Consultentes, juntamente com o outro causídico constituído pelo cliente, Fernando Neves da Silva, dirigiram, em nome dele, à CPMI, petição datada de 3.8 em curso, enfatizando, a par do direito do acusado ao silêncio, a inexigibilidade de atuação, ou de omissão, do membro da comunidade social, “senão em virtude de lei” (cf. art. 5.º, II, da CF).

E, como nenhuma lei estabeleça o dever de a testemunha entregar documentos, igualmente o direito do então requerente de não acatar “os ofícios requisitórios supramencionados expedidos por essa Digna Comissão”; de sorte a não importar a negativa de exibi-los, nem mesmo, o crime de desobediência, prescrito no art. 330 do CP.

Daí, a conclusiva invocação dos “direitos constitucionais ao silêncio, ao contraditório e à ampla defesa, bem como aquele insculpido no art. 5.º, II, da Magna Carta, para se reservar a faculdade de fornecê-los no momento que julgar mais conveniente à sua defesa, após vista dos autos e de todos os documentos, inclusive bancários, em poder dessa digna Comissão, ou de suas não menos Dignas Sub-Comissões, o que, desde já, se requer”.

III — Forneceram-me, outrossim, cópias do depoimento prestado por Cláudio Francisco Vieira, na reunião de 10.6.92 da CPMI dos indicados ofícios e petição, e de mais de cem recortes de jornais e revistas, com amplo noticiário a respeito dos fatos naqueles documentos referenciados.

Devidamente analisados, passo a elaborar o parecer solicitado, procurando conceituar e estabelecer a natureza jurídica da CPMI, definir suas atribuições e, conseqüentemente, seu campo de atuação, dado o caráter investigatório do inquérito parlamentar; para, finalmente, responder, com a necessária ponderação e convicção, à consulta formulada.

I — COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO E SUA ATUAÇÃO

1. Escorço histórico

A origem das comissões parlamentares de inquérito remonta, provavelmente, ao séc. XVI, na Inglaterra, como anota, lastreado em Marshall Edward Dimock e Aguinaldo Costa Pereira, o Dep. Dnair Mendes Ferreira (em “comissões parlamentares de inquérito”, na RF, Rio, 1954, v. 151, p. 95), e fixando, com o 1.º, o ano de 1571, — ressalvada a opinião de Ernest J. Eberling no sentido de que “a Alta Corte do Parlamento já exercia esse direito de investigação no séc. XIV”.

Confirmam-no com segurança os autores que versaram especificamente o tema, como, e.g., Domenico Dominici, *Le commissioni parlamentari inglesi*, Milão, Giuffrè, 1970, p. 11; K. R. Mackenzie, *The English Parliament*, Londres, Penguin Books, 1968, p. 48; e, entre nós, o já referido Aguinaldo Costa Pereira, *Comissões parlamentares de inquérito*, Rio, "Asa" Artes Gráficas, 1948, p. 22 (este aduzindo que "a partir do ano de 1571, o uso das investigações se tornou constante e se ampliou principalmente depois de 1688, quando o Parlamento assumiu a supremacia").

Da Inglaterra, tal prática passou, não só para a França e para os EUA, em que, com o tempo, as investigações parlamentares proliferaram; como, também, em outro direcionamento, à Prússia, Alemanha, Áustria e Brasil (cf. Yolanda Mendes, "As comissões parlamentares de inquérito", em *Do processo legislativo*, Brasília, 1972, p. 289-290; e, no derradeiro ponto, Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 4.^a ed., Rio, Freitas Bastos, 1948, v. II, p. 79).

Em nosso país, não se tem notícia da formação de comissão parlamentar de inquérito à época do Império, nem mesmo com a finalidade de apurar fatos relacionados à atuação de órgãos do Poder Executivo; e dela também não cuidou, explicitamente, a CF/1891, embora tivessem sido formadas quase duas dezenas, com diversificados escopos.

Sua instituição legislativa teve lugar na Carta Magna de 16.7.34, cujo art. 36 soava: "A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros. Parágrafo único. Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno"; e sendo certo, outrossim, que o art. 92, § 1.^o, VI, conferia poderes à seção Permanente do Senado Federal para "criar comissões

de inquérito sobre fatos determinados observando o parágrafo único do art. 36".

Assim também dispuseram, com exceção da de 1937, as subseqüentes Constituições de nossa República Federativa, a saber: a de 18.9.46, no art. 53 ("A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer 1/3 de seus membros"); a de 24.1.67, no art. 39, ao qual correspondeu o art. 37 da EC n. 1, de 17.10.69 ("A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros").

E, por último, a Lei das leis em vigor, editada em 5.10.88 expressa, no art. 58, e seu § 3.^o, *verbis*: "O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação... § 3.^o As Comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao MP, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

2. Inquérito parlamentar

a) Conceituação e caracteres

Verifica-se, destarte, que, na concepção do Direito alienígena e na tradição do Direito Constitucional brasileiro, o inquérito parlamentar sempre se apresentou como prerrogativa do Poder Legislativo, com caráter investigatório e infor-

mativo, e objetivando “fiscalizar a conduta administrativa do governo e manter o Congresso e a opinião pública informados sobre a situação do país” (cf. Yolanda Mendes, *As comissões parlamentares de inquérito*, cit., p. 43; e, endossando essa aceção, meu ensaio sobre “Investigação criminal (Inquérito parlamentar)”, em *Persecução penal, prisão e liberdade*, S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 55).

Como, em expressiva síntese, define-o Antonio Ferraciù, “Inchiesta politica”, no *Nuovo Digesto Italiano*, Turim, Utet, 1938, v. VI, p. 943, consiste ele no “diritto d’investigare sull’andamento dei servizi pubblici e sulla condotta del Governo e dell’Amministrazione in rapporto ad essi, allo scopo di preparare provvedimento d’indole legislativa e amministrativa”.

Trata-se, na realidade, de atuação parlamentar extraordinária e transitória, com a finalidade de apurar fato ou fatos relevantes e determinados, respeitantes à condução e à atividade administrativa do Governo, sobretudo para perquirir-lhe e, se for o caso, preservar-lhe a transparência, a normalidade e a moralidade.

Compreendendo, necessariamente, uma série de atos, tem, assim, como principais características: a) especificidade investigatória; b) extraordinariedade; c) temporariedade; d) realização por órgão colegiado criado no âmbito do Poder Legislativo, ao qual conferidos poderes de investigação e informação, em lei definidos; e) apuração de fato ou fatos determinados; e f) materialização em procedimento de natureza administrativa, finalizado num ou mais relatórios (cf., em parte, Fulvio Fenucci, *I limiti dell’inchiesta parlamentare*, Nápoles, Jovene, 1968, pp. 8/9; Alessandro Pace, “Inchiesta parlamentare”, na *Enciclopedia del diritto*, Milão, Giuffrè, 1970, v. XX, pp. 992-993; Franco Pierandrei, “Inchiesta parlamentare”, em *Novissimo Digesto*

Italiano, Turim, Utet, 1962, v. VIII, p. 516).

b) Especificidade investigatória

Guardada a ordem da enunciação, deve ser salientado, em primeiro lugar, que o inquérito parlamentar com específica finalidade investigatória, ou inquérito parlamentar propriamente dito, não pode ser confundido com o administrativo (realizado *interna corporis*, para apuração, e.g., da “responsabilidade dos funcionários” de uma das Casas do Poder Legislativo), nem com o judicial (relativo à conduta de membro do parlamento, como nos casos previstos no art. 55, e seus §§, da CF).

Mostra-o, com precisão, Nélson de Souza Sampaio, *Do inquérito parlamentar*, Rio, FGV, 1964, pp. 3-4, após anotar a opinião de Pontes de Miranda (v., deste, também, *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n. 1, de 1969*, 2.^a ed., 2.^a tir., S. Paulo, RT 1973, t. III, p. 51), e a saber: “Concebidas nesses termos amplos, as investigações realizadas pelos órgãos legislativos comportam uma classificação em três categorias, de acordo com a sua natureza e, conseqüentemente, com o seu fundamento, poderíamos dar-lhes as seguintes denominações:

1. inquérito parlamentar administrativo;
2. inquérito parlamentar judicial;
3. inquérito parlamentar no sentido estrito, ou sem adjetivação. Se desejamos um qualificativo, podemos chamá-lo inquérito parlamentar político-legislativo... Os demais são os inquéritos parlamentares propriamente ditos. Não são nem administrativos nem judiciais. Seu fundamento explícito, em nosso sistema, é o art. 53 da Constituição” (*atualmente*, art. 58, § 3.^o, — permito-me complementar). “Por sua natureza, tais inquéritos não podem recomendar imposição de penas

ou medidas disciplinares, ao contrário do que sucede com as duas primeiras categorias. A rigor, somente nestas se pode falar em indiciados ou acusados, sendo impropriedade, como veremos, usar tais expressões nos inquéritos da terceira espécie, onde só há lugar para testemunhas ou depoentes”.

Nada haveria para ser aduzido a essa correta formulação, não fosse a necessidade de clarificar que a parte final do derradeiro tópico transcrito se mantém vigorosa face ao teor da preceituação contida no inc. LV do art. 5.º da CF/88, segundo a qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É que, como será adiante minudenciado (in Tít. II, n. 6, *infra*), irrelevante o conceito de lide em matéria criminal, e estabelecida, por via de consequência, a distinção entre as situações procedimentais dos litigantes e dos “acusados em geral”, estes têm o inarredável direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos que lhe são inerentes, em qualquer procedimento judicial ou administrativo de caráter ou conotação penal.

Em suma, o inquérito parlamentar propriamente dito ostenta natureza administrativa, tanto na forma, como na substância, com finalidade meramente investigatória, especificada a colheita de dados e informações acerca do fato ou dos fatos investigados.

c) *Extraordinariedade*

Diferentemente do que sucede com as comissões permanentes, de atuação constante nos assuntos de elaboração legislativa que lhe são pertinentes (e.g., Comissão de Constituição e Justiça), durante “toda uma legislatura” (cf. José Cretella Júnior, *Comentários à Constitui-*

ção de 1988, RJ, Forense Universitária, 1991, v. V/2.701), as parlamentares de inquérito têm a sua criação adstrita à ocorrência de determinado fato, que constituirá, necessariamente, seu objeto: “Comissão de inquérito é a comissão nomeada por uma Câmara, composta de membros desta, e que agem em seu nome para realizar um inquérito ou investigação sobre determinado objeto” (cf., já agora, Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, S. Paulo, Saraiva, 1992, 3.º v., p. 94).

Daí, e ao contrário das outras, ordinárias, a sua extraordinariedade; vale dizer, a sua criação apenas, em situações e circunstâncias especiais que a reclamem: à falta destas, não há porque, nem como, organizá-las.

Esse, aliás, é certamente, o motivo pelo qual, tradicionalmente, os Diplomas constitucionais brasileiros têm exigido, para a sua formação, “requerimento de 1/3” dos membros da Casa ou das Casas do Congresso Nacional, com expressa referência à “apuração de fato determinado”.

d) *Temporalidade*

Não só para a apuração de determinado fato, mas, também, “por prazo certo” (cf., na atualidade, o já transcrito § 3.º do art. 58); tanto que a Res. n. 93/70, adaptada pela de n. 18/89, do Senado Federal, classifica as comissões parlamentares como *permanente* e *temporárias*, compreendendo a derradeira espécie, ou tipo, as comissões parlamentares de inquérito (em plena consonância, outrossim, com o uniforme entendimento doutrinário corrente, e.g. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, S. Paulo, Saraiva, 1992, v. 2/70; José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, cit., v. VI/2.701; Elcias Ferreira da Costa, *Comentários breves à Constituição Federal*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris ed., 1989, p. 133).

Como esclarece, a respeito, Mauro Márcio de Oliveira, *Comissões parlamentares de inquérito no Senado Federal*, Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1991, p. 26, “até a promulgação da Constituição de 1988, as comissões parlamentares de inquérito no Senado Federal eram consideradas como uma espécie do tipo ‘especial’, podendo se enquadrar tanto como ‘interna’ (âmbito do Senado) quanto ‘mista’ (âmbito do Congresso Nacional). Apenas na última versão do regimento Interno, as CPIs passam de espécie a subtipo” (certamente do tipo *temporárias*, permito-me aduzir).

Ora, se tais comissões tem “prazo certo” de duração, e, por isso, são efêmeras, o inquérito parlamentar por elas realizado só pode ser caracterizado, com relação aos termos *a quo* e *ad quem* de atuação, pela sua temporariedade (v., tb., a respeito, no Direito comparado, Domenico Dominici, *Le commissioni parlamentari inglesi*, cit., p. 282).

Ao determiná-lo, o § 3.º do art. 58 da CF visa, como bem observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., 2/70, evitar que os trabalhos de investigação “se arrastem, em prejuízo da apuração dos fatos e eventualmente em benefício de exploração sensacionalista, de estritos objetivos político-partidários”.

Ademais, e segundo, já agora, Ivair Nogueira Itagiba, “Aperfeiçoamento do estado democrático”, na RF 151/67, criadas “para apurarem fatos determinados, que deram origem à sua formação”, as comissões parlamentares de inquérito não podem ter caráter permanente, até porque: “Concluído o seu trabalho de pesquisa e averiguação dos fatos, tomadas as providências necessárias e apresentado o relatório final de sua investigação ao plenário, exaurem-se suas atribuições, não havendo mais razão para que continuem a existir”.

e) Realização por órgão colegiado

Esse referenciado dispositivo constitucional estabelece, também, no *caput*, a constituição das comissões “na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”; aduzindo, no § 1.º, que, nela, deverá ser “assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

Expressa, por sua vez, o § 1.º do art. 145 do Regimento Interno do Senado Federal que: “O requerimento de criação da comissão parlamentar de inquérito determinará o fato a ser apurado, o número de membros, o prazo de duração da comissão e o limite de despesas a serem realizadas” (grifos meus).

Bem se vê que a norma constitucional e regimental, aludindo a “representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares” e a “número de membros”, deixam entrever que se trata da criação de um órgão colegiado, composto de certo número de membros (como é curial, titulares e suplentes), respectivamente estabelecido e escolhidos quando de sua formação.

Examinando a primeira delas, em seus *Comentários à Constituição brasileira*, cit., v. 3.º, p. 87, Pinto Ferreira explicita esse seu caráter universal, lembrando que muito se discutiu, a princípio, “a respeito do melhor sistema de organização das comissões. Barthélemy analisou o problema, estudando e criticando os diferentes métodos para a organização das comissões, desde o sistema de nomeação pelo presidente da Assembléia até o da eleição pelos grupos parlamentares. Admitiu a superioridade evidente do sistema proporcional, fundamentado no cálculo do cociente: ‘Tantas vezes quantas um grupo contenha este cociente, tantos comissários ele pode enviar para cada grande comissão’”. (v., em idêntico senso, e traduzindo entendimento universal,

Franco Pierandrei, *Inchiesta parlamentare*, cit., pp. 517-520; e, entre nós, Rosah Russomano de Mendonça Lima, "Comissões parlamentares de inquérito", na *RF*, 151/92-93).

Aliás, o próprio vocábulo *comissão* indica que se cuida, na expressão dos lexicólogos, de um "grupo de pessoas ao qual conferidas determinadas atribuições, ou encarregado de tratar de assunto previamente definido".

E, no caso da criada, no âmbito do Poder Legislativo, para realizar inquérito parlamentar — devo acrescentar, — com atribuições abrangentes de poderes de investigação e informação, estritamente delineados em lei, como será, de modo mais minucioso e específico, explicitado neste mesmo tít. in n. 3, *infra*.

f) *Apuração de fato ou de fatos determinados*

Estabelece, igualmente, o § 3.º do art. 58 da CF/88 que a atuação da comissão parlamentar de inquérito deverá objetivar a apuração de fato determinado.

É esse, indubitavelmente, um dos mais importantes caracteres da respectiva investigação parlamentar, cujo objeto há de ser definido com precisão: na esteira de doutrinação de Pontes de Miranda (nos *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n. 1, de 1969*, cit., t. III, p. 50), referendada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (nos *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., v. 2/70), não há de ser aberto inquérito parlamentar "sobre crises *in abstracto*" (v., ainda, a respeito, entre nós, e por todos, Wilson Accioli, *Instituições de Direito Constitucional*, Rio, Forense, 1978, pp. 282-298; José Celso de Mello Filho, "Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito", em *Justitia*, S. Paulo, 1983, 121/155-157; e José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, cit., V/2.700).

Clarifica-o, *in genere*, José Celso de

Mello Filho, *verbis*: "Somente fatos determinados, concretos e individuais, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, jurídica e social do estado, são passíveis de investigação parlamentar. Constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos. O objeto da Comissão de Inquérito há de ser preciso".

E José Cretella Júnior reafirma a indispensabilidade de sua especificação, à luz de nossas Magnas Cartas, e a saber: "A Constituição de 1988 reitera a expressão fato determinado, ou 'assunto previamente determinado', sobre o qual deverá incidir a investigação parlamentar, o que já constava das Cartas Políticas anteriores, como na de 1934, art. 36 ('fatos determinados'), na de 1946, art. 53 ('assunto previamente determinado'), na de 1967, art. 39 e na de 1969, art. 37 ('fato determinado'). Fato determinado é fato concreto, específico, bem delineado, de modo a não deixar dúvidas sobre o objeto a ser investigado".

Nada mais é necessário aditar a tão expressivos pronunciamentos para certificação da indispensabilidade de determinação do objeto do inquérito parlamentar.

g) *Materialização em procedimento administrativo*

Bem é de ver, ainda, e por derradeiro, que o inquérito parlamentar se materializa em procedimento de índole administrativa, quer formal (modo de mover e forma em que são movidos os atos nele realizados, cf. clássica lição de João Mendes de Almeida Júnior, *Direito judiciário brasileiro*, 5.ª ed., atual. por João Mendes Neto, Rio, Freitas Bastos, 1960, p. 243), quer substancialmente.

Realmente, embora os inquéritos parlamentares se apresentem como "instrumentos específicos da ação política", e

estejam a cargo de membros do Poder Legislativo, no "controle parlamentar do governo" (cf., a respeito, Josaphat Marinho, *Natureza e função das Comissões Parlamentares de Inquérito*, na *RF*, cit., 151/99), a investigação que, por meio deles, se efetiva, assume *iter* procedimental corporificado numa série de atos, coordenados e sucessivos, e esquematizados formalmente em normas jurídicas que o disciplinam.

E, mesmo que emanados de órgão integrante do mencionado Poder estatal, consubstanciam-se numa atuação de natureza administrativa, em tudo identificada à normalmente efetuada pela Administração Pública, e consistente numa coleta de dados e informações acerca do fato ou fatos investigados, exauriente de toda a atividade ínsita ao fim determinante de sua criação (realização de reuniões; ordenação de diligências; convocação de pessoas, inclusive Ministros de Estado, para tomar depoimentos; inquirição de testemunhas; requisição de informações e de documentos, de repartições públicas e autárquicas etc., — cf. detalhada exposição de José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria geral das comissões parlamentares — Comissão parlamentar de inquérito*, Rio, Forense, 1988, pp. 153-160).

Acrescente-se, para reforço do afirmado, que todos os trabalhos desenvolvidos pela comissão encarregada da realização do inquérito parlamentar culminam com a elaboração de um relatório, ou de vários que em único se subsumem, sem qualquer conotação decisória, nem mesmo a circunscrita, a singela deliberação (v., a respeito, Ivair Nogueira Itagiba, *Aperfeiçoamento do Estado democrático*, cit., p. 63).

Vêm a pelo, a esse propósito, as observações de Pinto Ferreira, elucidando, com lastro na doutrinação de Hatschek, que a "comissão parlamentar de inquérito é, na sua essência, uma agência administrativa da Câmara que a instituiu" (em "Comissão parlamentar de inquérito", na

Enciclopédia Saraiva do Direito, S. Paulo, 1978, 16/235); e, noutro passo, complementando, *verbis*: "A comissão de inquérito não funciona como um tribunal, mas como simples autoridade pública, di-lo Giese. No mesmo sentido orientam-se Mangoldt e Klein, na obra *A Lei Fundamental de Bonn*.

Por isso mesmo o relatório da comissão de inquérito, que é simples decisão no sentido lógico, não deverá ser objeto de apreciação judiciária. Distinguem-se naturalmente o inquérito parlamentar e o inquérito judiciário penal; desse modo, o primeiro não vale como inquérito policial. O art. 44 da Lei Fundamental de Bonn é claro: 'As conclusões (*Beschlüsse*) das comissões de inquérito são excluídas da discussão judiciária. Os tribunais são livres na apreciação do estado de fato sobre que se fundou o inquérito parlamentar'.

Os trabalhos da comissão de inquérito têm assim um sentido puramente político. A sua conclusão é política e não vale como decisão judicial; tampouco pode ser tida como peça de inquérito policial" (em *Comentários à Constituição brasileira*, cit., 3.º/110; e certo que nesse mesmo sentido doutrina Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n. 1, de 1969*, cit., t. III, p. 51).

3. Determinação dos poderes da comissão parlamentar de inquérito

De resto, faz por merecer o destaque ora dado, no estudo desenvolvido, a determinação dos poderes da comissão parlamentar de inquérito.

Restringem-se eles, à evidência, aos expressamente estabelecidos em lei, quer no plano constitucional, quer no infra-constitucional, complementar às preceituações da Magna Carta; assim como aos especificados no ato de sua instituição, — preservados os direitos e garantias individuais dos membros da comunidade

(v., a respeito, Fulvio Fenucci, *I limiti dell'inchiesta parlamentare*, cit., pp. 83 e ss.; Domenico Dominici, *Le commissioni parlamentari inglesi*, cit., pp. 56, 102 e ss. e 200/202; Franco Pierandrei, *Inchiesta parlamentare*, cit., pp. 520/522; Ferruccio Pergolesi, "Inchiesta amministrativa e parlamentare", na *Enciclopedia del diritto*, cit., 1960, v. VII/333-335; Alessandro Pace, *Inchiesta parlamentare*, cit., pp. 1.016 e ss.; Ivair Nogueira Itagiba, *Aperfeiçoamento do Estado democrático*, cit., pp. 63-64; Samuel Duarte, "Inquéritos parlamentares", na *RF* 151/74-77; Pinto Ferreira, *Comissão parlamentar de inquérito*, cit., pp. 235-240; e *Comentários à Constituição brasileira*, cit., 3.º 120, e ss.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., 2/72; Raul Machado Horta, "Limitações constitucionais dos poderes de investigação", na *Revista de Direito Público*, S. Paulo, RT, 1968, 5/35-38; Francisco Campos, parecer na *RF* 195/71 e ss..

Pontua, por todos, o juriconsulto por último citado, à p. 75, que "os poderes das comissões parlamentares de inquérito hão de ser aferidos pela medida e de acordo com as condições em que a lei os define e delega. Mesmo nos países de regime parlamentar assim se entende, não se admitindo que as comissões de inquérito possam exercer certos poderes, senão quando lhes forem expressamente outorgados na resolução em cujos termos foram organizadas".

E Machado Horta, à p. 37, apoiando-se em João de Oliveira Filho e Black, observa que "o procedimento exorbitante da comissão de inquérito prejudica o exercício regular dos poderes de investigação"; aduzindo, com o primeiro, que a investigação ordenada "para o mero fim de descobrir certos fatos ou por fins políticos, não conexos com alguma pretendida lei ou alguma matéria sobre a qual a Câmara possa agir, não é procedimento legislativo", motivo pelo qual a

aludida comissão se ressentir, inclusive, da falta de certos poderes coercitivos (v., ainda, de João de Oliveira Filho, "Comissões parlamentares de inquérito", na *RF* 151/13-14).

Pois bem, no Brasil, além do apontado e já transcrito § 3.º do art. 58 da CF, vigora, a respeito das comissões parlamentares de inquérito, a Lei 1.579, de 18.3.52, por ela recepcionada, e cujos arts. 2.º e 3.º têm, respectivamente, a seguinte redação: "No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministro de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença"; e,

"Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal".

Afinado com esse Diploma legal e, como não podia deixar de ser, com a Magna Carta, o Regimento Interno do Senado Federal (reparando, outrossim, atecnia do transcrito art. 3.º), expressa no art. 148, e seu § 2.º, *verbis*: "No exercício das suas atribuições, a comissão parlamentar de inquérito terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, facultada a realização de diligências que julgar necessárias; podendo convocar ministros de Estado, tomar o depoimento de qualquer autoridade, inquirir testemunhas, sob compromisso, ouvir indiciados, requisitar de órgão público informações ou documentos de qualquer natureza, bem como requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeções e auditorias que entender necessárias...

§ 2.º Os indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação processual penal, aplicando-se, no que couber, a

mesma legislação, na inquirição de testemunhas e autoridades”.

Do indicado texto constitucional e dos dispositivos ora transcritos clamam pela atenção do analista dois pontos, quais sejam os referentes à inserção, nestes, do vocábulo indiciados, e à expressa alusão, nas preceituações primeira e regimental, a “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Isso porque a inafastável consideração dos mais importantes regramentos de hermenêutica leva à inadmissibilidade de indiciamento no âmbito do inquérito parlamentar, vedada que é à normatividade infraconstitucional qualquer ampliação dos preceitos da Lei das leis, sempre de caráter restritivo quando, de algum modo, afetarem o direito de liberdade do indivíduo.

Ademais, como precisa João de Oliveira Filho, *Comissões parlamentares de inquérito*, cit., p. 13 — após enfatizar que o inquérito parlamentar não tem caráter judiciário, sendo, apenas, instrumento “para qualquer Câmara supervisionar, inspecionar, averiguar, investigar qualquer fato determinado que tenha relação com a função” por ela exercida, — *verbis*: “No momento em que há indiciado de crime comum ou de responsabilidade, salvo os casos de competência do Senado, o prosseguimento de qualquer investigação invade a zona do Poder Judiciário. A investigação do fato, porém, *sem intuito indiciário algum*, mesmo que se ache ele em investigação policial ou judiciária, pode, *ser feita, paralelamente, pelas Câmaras*, pois *ambas investigações terão objetivos diferentes*, aquela visando averiguar o fato para servir ao seu objeto de legislar, ao passo que *o inquérito policial ou judiciário visa à culpa, para servir de base à imputação e julgamento*” (grifos meus).

Por outro lado, e como também é notório, o inquérito judicial, na atual conjuntura da legislação processual penal brasileira, e face ao teor do art. 129, I,

da CF, restringe-se aos casos de *crimes falimentares*, segundo a previsão dos arts. 103 e ss. do Dec.-lei n. 7.661, de 21.6.45 (Lei de Falências).

Assim sendo, não se compatibiliza, à evidência, com a realidade de nosso ordenamento jurídico e asserção dos textos constitucional e regimental em referência, de que a comissão parlamentar de inquérito tenha “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, até porque, a par da preceituação contida no inc. LV do art. 5.^o da Carta Magna de nossa República Federativa, o inquérito judicial sempre foi e deve ser realizado “do mesmo modo que o comum, com a inquisitividade necessária ao esclarecimento da verdade, bem como com a observância da contrariedade que se faz ínsita a qualquer espécie de procedimento falimentar”, ou de outro que se lhe queira equiparar (v., a propósito, meu “Inquérito judicial”, em *Persecução penal, prisão e liberdade*, cit., p. 54, com a adição, ao final, que agora se fez necessária; e, em idêntico senso, José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1965, v. I/146; e *Tratado de Direito Processual Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1980, v. I/183).

Nem se deve confundir, noutro aspecto, “poderes de investigação” com os poderes instrutórios dos órgãos jurisdicionais, orientados pela indispensabilidade de apuração da verdade material; ou seja, com o poder-dever inquisitivo do Juiz criminal, cuja precípua finalidade — como tivemos a oportunidade de anotar, outros e eu, na monografia intitulada *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, Rio, Forense, 1986, p. 150, — é a de “obviar indevida restrição à liberdade do ser humano, que, a rigor, somente deve ser admitida e determinada nos casos em que materialmente constatada a existência de infração penal e personificada a respectiva autoria e culpabilidade”.

E dúvida alguma pode restar, outros sim, sobre que deva prevalecer, salvo situações excepcionais, a interpretação sistemática das normas jurídicas, sobretudo das constitucionais, voltada ao reconhecimento e à reconstrução de seu significado, na órbita de uma ordem jurídica, como “forma representativa” do respectivo conteúdo, e feita “fonte de valoração jurídica, ou que constitua objeto dessa valoração” (cf. Emilio Betti, *L'interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milão, Giuffrè, 1949, p. 3; em doutrinação que se difundiu, inclusive em nosso País, e.g., Fran Figueiredo, *Metodologia constitucional; técnicas de elaboração e técnicas de interpretação*, Brasília, ed. Itamar, 1987, p. 178; Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1989, p. 86).

Menos, ainda, tendo-se na devida conta a profunda reflexão de Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. portuguesa de Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado ed., 1974, p. 231, no sentido de que: “A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei, mas para ir mais além dela”.

Em epítome, e qualquer que seja o ângulo de visualização, à comissão parlamentar de inquérito são conferidos, no âmbito de sua atuação específica, tão-somente “poderes de investigação”, inclusive os “próprios das autoridades judiciais” em sua anômala atividade investigatória, e, portanto, restritos à elencação legalmente estabelecida, naquilo que consonante com a preceituação constitucional determinante de sua instituição.

Dáí porque nada mais lhe incumbe do que: a) ordenar a realização de diligências reputadas necessárias; b) promover a convocação de ministro de Estado, para

prestação de definidos esclarecimentos; c) tomar o depoimento de qualquer autoridade federal, estadual ou municipal; d) inquirir testemunhas, sob compromisso; e) requisitar, de repartições ou outros órgãos públicos, informações ou documentos de qualquer natureza; f) determinar a locomoção de seus membros para o local em que se torne indispensável a sua presença; e, g) solicitar ao Tribunal de Contas da União as inspeções e auditorias entendidas imprescindíveis à conclusão de seus trabalhos.

II — VERIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO MEMBRO DA COMUNIDADE PERANTE A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

4. Direito da testemunha de não se auto-incriminar

Isso tudo, necessária e devidamente, expendido, bem é de ver que o cliente dos ilustres Consultentes, como qualquer outro membro da comunidade, só poderia e pode ser intimado para ser inquirido, perante a comissão parlamentar de inquérito “instalada por força do requerimento n. 52-CN, de 1992, e destinada a ‘apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello, referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal’”, como testemunha.

E tal, em primeiro lugar, tem o direito de não se auto-incriminar; até mesmo — deve ser aduzido, — o de não responder a perguntas impertinentes ou abusivas, como definiu a Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Sinclair X United States*, em 1929 (v., a respeito, Otacílio Alecrim, “As comissões congressuais de investigação no regime presidencialista — Métodos e objetivos nos Estados Unidos e no Brasil”, na *RF* 151/35): “Se o poder de investigar é bem um auxiliar necessário e adequado da função

legislativa, deve contudo ser exercido com a devida consideração pelos direitos das testemunhas, pois uma testemunha pode recusar-se legalmente a depor quando os limites do poder são excedidos ou quando as perguntas não são pertinentes à matéria investigada”.

Só mesmo quando se estabeleça em lei imunidade à testemunha é que lhe pode ser retirado o direito à recusa em auto-incriminar-se, expressamente declarado na Constituição (cf., já agora, United States X Bryan — 339 U.S. 323, relatado por Góis de Andrade, “Comissões parlamentares de inquérito nos Estados Unidos”, na *RF* 151/31).

Também em nosso País, a averiguação da verdade sofre limitações, até porque o “direito de investigação tem seus limites legais” (cf. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria geral das comissões parlamentares — Comissões parlamentares de inquérito*, cit., p. 8).

Reportando-se ao direito alienígena, ressalta Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, cit., 3.º/111, que: “A comissão de inquérito não deve nem pode obrigar uma testemunha a se voltar contra si mesma e auto-incriminar-se. A esse respeito já existe máxima que provém da Inglaterra, do séc. XVI, que se desenvolveu como medida utilizada contra os processos inquisitoriais dos tribunais da igreja. Esta máxima é a seguinte: ‘Ninguém é obrigado a acusar-se’ (*Nemo tenetur prodere — ou accusare — se ipsum*).

Ela serviu de fonte legal à Emenda V ao Diploma norte-americana de 1787, contendo a cláusula contra a auto-incriminação.

Essa cláusula hoje em dia é interpretada sabiamente pelo Corte Suprema dos EUA. Segundo ela, nenhuma testemunha, em qualquer processo que se exija legalmente a sua interferência, pode ser obrigada a responder a qualquer pergunta, desde que a resposta possa servir contra ela em futuro processo criminal,

ou descobrir provas novas contra a dita testemunha”.

Além do que o art. 406, I, do CPC, aplicável analogicamente, estabelece que a testemunha não está obrigada a depor de fatos “*que lhe acarretem grave dano*” (com grifos meus).

Dúvida não pode restar, portanto acerca de que, embora obrigada a comparecer perante a comissão parlamentar de inquérito, quando regularmente instada à inquirição (dada a subsidiária aplicação dos arts. 218 e 219 do CPP), a testemunha não tem porque se auto-incriminar.

5. Direito à negativa de exibição de documento

Nem, também, certamente, porque exhibir documento ou documentos que lhe tenham sido solicitados.

Referem-se, com efeito, os arts. 2.º da Lei 1.579/52, e 148 do Regimento Interno do Senado Federal, respectivamente, à requisição, “de repartições públicas e autárquicas”, de “informações e documentos”; e “de órgão público”, de “informações ou documentos de qualquer natureza”.

Ora, isso significa que a comissão parlamentar de inquérito é conferido apenas o poder de requisitar informações e documentos de órgãos públicos, não de particulares.

Sempre foi assim, aliás, na tradição do Direito brasileiro.

Para não ir muito longe, basta a lembrança de situação análoga, sob a égide da CF/46, retratada e superiormente versada por Francisco Campos, no já citado parecer, publicado na *RF* 195/71 e ss., e de que destacáveis parte da ementa e de tópico a p. 73, *verbis*:

“A lei, que regula as comissões parlamentares de inquérito e enumera os poderes que lhes são delegados, não autoriza a produção compulsória de documentos ou papéis particulares; antes a exclui, quando se limita a permitir

àquelas comissões a requisição de documentos públicos, silenciando quanto aos particulares"; e,

"É de se concluir, portanto, que a lei que regula o funcionamento e enuncia os poderes das comissões parlamentares de inquérito, omitindo o poder de exigir a exibição de documentos ou papéis particulares, e tornando expresso o poder de requisitar documentos públicos, manifestou a intenção legislativa de excluir da competência daquelas comissões o poder de tornar compulsória a apresentação de documentos ou papéis particulares.

Ora, o art. 141, § 2.º (atualmente 5.º, inc. II), "da Constituição, prescreve que, "Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esta garantia constitucional há de ser interpretada da maneira mais ampla ou mais liberal, se se tem em conta o princípio, correlativo àquele direito, de que a ninguém é lícito ignorar a lei...

... No caso, porém, ao invés de manifesta a intenção do legislador de delegar o poder de exigir a apresentação de documentos ou papéis particulares, por presumidamente implícito esse poder no de requisitar documentos públicos, o contrário, precisamente, é que parece ressaltar dos termos da lei, pois em lugar da necessidade ou da conveniência de tornar expresso o poder de requisitar documentos públicos, o que se impunha era, ao revés, o enunciado expresso do outro poder, pois o primeiro resulta, necessariamente, de poderes gerais e de poderes específicos constitucionalmente delegados ao Congresso, ao passo que existe em relação aos documentos ou papéis particulares uma presunção constitucional de imunidade, com fundamento nas garantias constitucionais que asseguram a inviolabilidade da *property* e *privacy* dos indivíduos".

Nada mais é preciso acrescentar a tão ponderoso pronunciamento, a não ser que, por via de consequência, a comissão

parlamentar de inquérito não tem o poder de ordenar a busca e apreensão de tais documentos.

E não só por esse motivo, à evidência; mas, igualmente, por não ter ela, como visto, poder decisório, restringindo-se os que lhe são conferidos, aos de investigação e de informação (v., tb., a respeito, parecer da "CPI de Inquérito sobre as atividades da Comissão Central de Preços", publicado na *RF*, 151/103 e ss.).

Além do que, o inc. XI do art. 5.º da CF faz expressa referência a "determinação judicial", decorrente, necessariamente, de ato decisório proferido por órgão jurisdicional competente (e que, evidentemente, a CPI não terá como pronunciar).

6. Direito ao silêncio, à assistência de advogado e ao contraditório

Finalmente, se, apesar de tudo quanto já considerado, o cliente dos dignos Consulentes, inobstante tratado formalmente como testemunha, for, na realidade, tido como indiciado, ou suspeito, com relação aos fatos investigados, inarredável posta-se o seu direito ao silêncio, à assistência de advogado e ao contraditório.

Com efeito, como asseveramos, José Rogério Cruz e Tucci e eu, na obra *Constituição de 1988 e processo — Regramentos e garantias constitucionais do processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989, pp. 64 e 65, entre os direitos individuais assegurados ao membro da coletividade pela Carta Magna em vigor, colocam-se o do preso e do indiciado, ou *suspeito*, de permanecer calado, consagrado, destarte, o direito ao silêncio; e de ser assistido por advogado (art. 5.º, inc. LXIII), com direito ao contraditório.

O direito ao silêncio presente-se como resultante do denominado princípio *nemo tenetur se detegere*, ou *nemo tenetur edere contra se*.

Como anota Vittorio Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Milão, Giuffrè, 1972, pp. 11-12, há uma forte exigência de garantia à espontaneidade do mecanismo de auto-determinação do indivíduo em sede de interrogatório penal (ou de conotação penal, — permito-me aditar). E complementando em seguida, *verbis*: “Ed è nel progressivo affermarsi di questa esigenza — certo fondata su una sempre più diffusa consapevolezza del rispetto dovuto ai valori di libertà e di dignità della persona umana, — la naturale premessa del riconoscimento all'imputato della possibilità di astenersi dal rispondere all'interrogatorio”.

Mostra-se, enfim, esse direito, como a proteção, constitucionalmente assegurada, contra a auto-incriminação, de sorte a não se poder concluir desfavoravelmente ao interrogando, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo (cf., a respeito, Daniëlle Saint-Laurent, *Principes de droit constitutionnel et pénal*, Québec, Modulo, 1986, pp. 124-125).

E, como ele, o de assistência de advogado diz com imprescindibilidade de assecuração de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, de sorte que não seja ela concebida como assistência passiva, de mero expectador dos atos praticados pela comissão parlamentar de inquérito, mas, sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja atuação profissional de advogado.

Por via de consequência, essa atuação só poderá atender ao desígnio do legislador constituinte se for efetiva, balisada na contrariedade indispositiva, com o exercício da defesa técnica também na sua maior amplitude, tal como preconizado no inc. LV do art. 5.º (v., tb., Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais*, cit., p. 318).

E pouco importa, para tanto, seja o efetivado pela comissão parlamentar de inquérito, não um processo, mas um procedimento administrativo.

Realmente, estabelecida a distinção entre “litigantes” e “acusados em geral”, e referendada a extensão dos direitos indicados no dispositivo constitucional por derradeiro apontado aos “indiciados em processos administrativos” (cf. Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, em co-autoria com Ives Gandra Martins, S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 268), não há como negar a abrangência do inquérito parlamentar pelo novel regimento da Carta Magna da República.

Daí, o direito de interveniência do advogado durante todo o desenrolar do procedimento, requerendo diligências e providências entendidas necessárias, reperguntando todos os inquiridos, manifestando-se nos respectivos autos e impugnando todo e qualquer ato ilegal, arbitrário ou abusivo dos membros da comissão.

III — CONCLUSÃO

7. Resposta à consulta formulada

Ex positis, respondo à consulta formulada, asseverando, com a força de minha convicção, que os expressados direitos do membro da comunidade, particularmente de Cláudio Francisco Vieira, perante a comissão parlamentar de inquérito, afiguram-se impostergáveis, posto que constitucionalmente assegurados.

E, reportando-me ao inteiro teor da exposição supra desenvolvida, para melhor e mais completa concepção da resposta, concluo com o aceno a brilhante construção de Francisco Campos, no citado parecer, à p. 75, em que veementizado: “Em regime que se caracteriza pela existência de liberdades individuais garantidas na própria Constituição, ainda nos casos em que seja lícito ao legislador regular ou condicionar o

exercício de tais liberdades, é condição essencial que a regulamentação seja expressa, clara e precisa, para que possa subsistir uma suficiente margem ou contra-escarpa de segurança entre a ação das autoridades, cuja arbitrariedade resulta menos da malícia, do que da indefinição ou da incerteza quanto à existência e ao alcance dos seus poderes legais, e a

esfera daquelas liberdades, o que só se poderá obter mediante a exigência de que seja clara, manifesta e inquestionável a delegação constitucional ou legal de tais poderes”.

A não ser assim — complemento, — em lugar da certeza e da segurança do Direito restará o caos!

Esse o meu parecer, s. m. j.

O QUITANDEIRO DO MINISTRO

RENÉ ARIEL DOTTI

1. A sentença condenatória

"Condena-se o acusado quando este confessa, e a prova dos autos confirma ter o mesmo cometido o delito pelo qual foi denunciado".

"Vistos e examinados os presentes autos do processo n. 2.258, em que Augusto Pereira, é classificado como incurso no art. 3.º, inciso III, do Decreto-Lei n. 869 de 18 de Novembro de 1938, combinado com o art. único do Decreto-Lei n. 2.524, de 23 de agosto de 1940, por ter sido acusado de haver transgredido a tabela oficial de preço fixado para a venda de determinadas mercadorias.

"O inquérito foi instaurado, em virtude do Auto de Infração de fls. 3, lavrado por funcionário da comissão de Tabelamento da Prefeitura do Distrito Federal, contra Augusto Pereira, estabelecido com negócio de quitanda, à rua Real Grandeza, n. 160, nesta Capital, em face da queixa apresentada por José Pio da Costa.

"O caderno de vendas diárias, de fls. 6, apreendido como faz fé o auto de fls. 4 constitue a prova material do delito, de vez que se encontram escrituradas mercadorias vendidas, com majoração facilmente verificável, confrontando os preços lançados no mesmo, pelo próprio acusado, com os da tabela oficial de fls.

"O acusado confessa que praticou a infração, procurando justificar o seu procedimento, com a anuência do comprador, circunstância que não ficou provada no correr do inquérito.

"Os depoimentos de fls. são acordes em afirmar a existência da infração, que não foi contestada pelo acusado Augusto Pereira.

"O próprio defensor do acusado, assevera em sua defesa de fls. que o seu constituinte elevou de uma ninharia, e a título de compensação de desembolso, a tabela oficial, o que vem provar que não é falso, como afirmou em sua defesa, o Auto de Infração, falso também não sendo o Auto de Apreensão, como falsas também não são, pelos mesmos motivos, as declarações do fiscal Emanuel Nunes Guimarães e os depoimentos das testemunhas de fls.

"Na audiência de hoje, houve o que consta do respectivo termo.

"Bem examinado o processo:

"Considerando que o acusado Augusto Pereira confessou em seu depoimento ter majorado o preço das mercadorias escrituradas no caderno de fls., alegando que o fez com anuência do comprador, o que não ficou provado no correr do processo, alegação que não exime o vendedor da responsabilidade que o fato acarreta;

"Considerando que é o próprio patrono do acusado quem, depois de várias considerações sobre o fato em apreço, conclúe pela existência da infração, quando afirma na defesa de fls., que houve elevação do preço fixado na tabela oficial;

"Considerando que a apreensão do caderno de compras, onde foi verificada a infração, constitue, por si só, prova plena do delito;

"Considerando que ao julgador, cônio (sic) das suas responsabilidades, interes-

sa, apenas, a existência ou não do delito;

“Considerando que no presente caso, a infração foi constatada, cometendo assim o acusado Augusto Pereira o crime pelo qual foi denunciado;

“Considerando o mais que dos autos consta:

“Resolvo condenar, como condeno, Augusto Pereira, a 3 meses e 15 dias de prisão e multa de 500\$000, grau médio do art. único do Decreto-Lei n. 2.524, de 23 de Agosto de 1940, combinado com o art. 3.º, inciso II do Decreto-Lei n. 869, de 18 de Novembro de 1938, na ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes.

“Expeça-se o competente mandado de prisão.

“Distrito Federal, 11 de Junho de 1942.

“a.) Dr. *Eronides de Carvalho* — Juiz do Tribunal de Segurança Nacional”.¹

2. As cartas de Sobral Pinto

1. Antes de qualquer consideração em torno do caso agora resgatado da história dos feitos judiciais é importante referir que a literatura nacional ainda se ressentia de uma obra que preencheria um grande vazio na crônica forense: a coletânea das cartas de Sobral Pinto.²

1. Publicada em *Autópsia de uma calúnia*, de Heráclito Fontoura Sobral Pinto, ed. do Jornal do Commercio, RJ, 1942, p. 93/95. (A transcrição observa fielmente a ortografia original).

2. Heráclito Fontoura Sobral Pinto (1893-1991), nasceu em Barbacena (MG), bacharelou-se em 1918; foi Procurador Criminal da República interino (1924-1926); Procurador Criminal da República efetivo (1926-1928); Procurador Geral do Distrito Federal (1928); militante da Liga Eleitoral Católica (a partir de 1933); defensor de Luiz Carlos Prestes e outros comunistas junto ao Tribunal de Segurança Nacional; assinante do manifesto de lançamento da resistência Democrática (1945); co-criador da Liga de Defesa da Legalidade (1955), movimento destinado a lutar pela realização das

Durante a sua memorável existência física e moral o *advogado da liberdade* escreveu um número incalculável de mensagens efetivas e cívicas que refletem a generosidade de suas idéias e marcantes posições sociais e políticas. A geração dos profissionais de Direito que atuou em defesa dos dissidentes ideológicos dos governos autoritários durante a ditadura militar dos anos 60 e 70 foi confortada em muitas ocasiões com as vigorosas manifestação de Sobral Pinto oriundas da tribuna forense e da cadeira de Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil. A sua inquebrantável fé no Direito e na Justiça foi mundialmente notabilizada com o episódio de sua prisão, ao lado de Heleno Cláudio Fragoso, Augusto Sussekind de Moraes Rego e outros intimoratos defensores de acusados políticos. Eles foram detidos por alguns dias única e exclusivamente pelo destemor em lutar, com as armas da inteligência e a beca de advogados contra as iniquidades do regime despótico inflado pelo Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968.

Aquele terrífico édito amputou direitos e garantias individuais e coletivas e iria marcar com *ferro em brasa* um dos períodos de maior insegurança jurídica na história brasileira. Embora preso Sobral Pinto compareceu ao noticiário com uma frase que ficou famosa. Respondendo à argumentação do oficial-carcereiro de que o AI-5 visava o estabelecimento de uma “democracia à brasileira”, o grande publicista afirmou: “Coronel, há *peru à brasileira*, mas não há soluções à brasileira. A democracia é universal, sem adjetivos”. A partir de então continuou a defender vários perseguidos políticos como o fizera antes e durante o Estado Novo (1937-1945).

eleições e a posse dos eleitos; defendeu a posse de João Goulart (1961) contra a resistência dos ministros da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.

2. Tornou-se antológica, também, a resposta que Sobral Pinto dirigiu, no ano de 1965, ao Coronel Gerson de Pina, encarregado do Inquérito Policial Militar (IPM/481) instaurado para apurar “atividades subversivas” no Instituto Superior de Estudos Brasileiros (ISEB). Contestando o Ofício n. 105/65, que o intimava para prestar declarações sobre fatos relacionados com a aludida investigação, o intimato patrono da liberdade disse que só se comparece para depor em inquérito daquela natureza, como indiciado ou testemunha. Como indiciado — prosseguiu — nenhum crime havia cometido; e, como testemunha negava-se a depor, enfatizando: “advogado militante tenho, entre os meus deveres, nos termos do art. 87 da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, também o de “recusar ... a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte. Ora, estão envolvidos no IPM que V.S. preside o Sr. Pedro Alcantara e a Sra. Fany Goldfard, que me entregaram o patrocínio de seus direitos, ...”³

3. O crime do quitandeiro

3. Uma das causas criminais que mais envolveu emocionalmente Sobral Pinto foi o do quitandeiro que vendeu alimentos fora da tabela de preços e com tal conduta melindrou o poderoso presidente do Tribunal de Segurança Nacional.⁴ Os

3. A corajosa carta encerra com estas frases: “Estou, assim, *impedido* legalmente de depor no IPM de que V.S. é o Encarregado. Por tal motivo não posso nem quero a ele comparecer como testemunha”. (Sobral Pinto, *Lições de liberdade*, Universidade Católica de Minas Gerais e Editora Comunicação, BH, 1977, p. 81/84. Grifos meus).

4. O terrível *Tribunal de Segurança Nacional* foi criado pela Lei n. 244, de 11.9.1936

tempos eram especialmente graves contra as liberdades públicas, os direitos e as garantias individuais. Foi naquele período sombrio que a ditadura Vargas (1937-1945) promulgou, entre outros *diplomas bárbaros*, o Decreto-lei n. 4.766, de 1.º de outubro de 1942, com eficácia retroativa para punir os autores de crimes contra a segurança externa a partir da data da ruptura das relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão.

Os lances principais do *affair* protagonizado pelo humilde feirante do Rio de Janeiro foram narrados por Sobral Pinto no livro de sua autoria *Autópsia de uma calúnia*, editado em 1942 e no qual publica atos e termos do processo e muitas das cartas remetidas para autoridades e outras pessoas ligadas ao problema.

4. Vale a pena resgatar alguns desses documentos de inegável valor histórico e profissional, a começar pelo registro da imputação, transcrito às fls. 9 do livro.

4. O auto de infração

“Aos vinte dias do mês de Maio do ano de 1942, às 9 horas e 30 minutos, à rua Real Grandeza, 160 (cento e sessenta), eu, abaixo assinado, Oficial de Fiscaliz. Fiscal da Comissão de Tabela-mento, de acôrdo com a Resolução n. 17, de 26-XII-41, do Exmo. Sr. Prefeito, com as testemunhas que êste subscrevem, encontrei em infração do inciso 12, alínea “e” da supracitada Resolução, o Sr. Augusto Pereira, estabelecido com o negócio de Quitanda, à rua Real Grandeza, 160, pelo fato, de ter vendido ao Sr. José Pio da Costa, mercadoria tabelada por preço superior ao fixado na tabela: um quilo de cenoura 2\$000; um de tomate, 2\$600; um de nabo; 1\$400 e

e extinto pela Lei Constitucional n. 14, de 17.11.1945. Era o órgão competente para julgar os crimes políticos e contra a economia popular.

2 quilos de chuchú, 2\$400. — E, para constar, lavrei o presente Auto, cuja 2.^a via dou ao infrator que fica convidado a apresentar, por escrito, dentro de 48 horas, no Protocolo Geral da Secretaria Geral de Saúde e Assistência, à rua Araújo Porto Alegre n. 71, 2.^o andar (Edifício da A.B.I.) as explicações que julgar necessárias à sua defesa.

"Distrito Federal, 20 de maio de 1942.

"O funcionário — matrícula 3979

"Emmanuel Nunes Guimarães

"Testemunhas: "Nome: Waldemar Labatt Lacerda.

"Encontrado: rua Lygia, 392 — Olaria.

"Nome: José de Lima Magalhães.

"Encontrado: B. João Pereira, 82 — Madureira.

"Recebi a 2.^a via do presente Auto, do qual fico ciente.

"Distrito Federal, 20 de Maio de 1942.

"Augusto Pereira

"O infrator ou responsável".

5. Ao *Auto de Infração* seguiu-se o *Auto de Apreensão* lavrado naquela mesma data e no qual se reafirmava que o consumidor era um tal José Pio da Costa, residente à Rua Visconde de Caravelas, 57 (RJ).

5. A aceitação e os riscos da causa

6. O Advogado Sobral Pinto foi apresentado ao seu futuro cliente pelo seu colega de profissão, o Dr. Cunha Vasconcellos. Em rápidas palavras, o colega narrou-lhe que Augusto Pereira, sendo o quitandeiro do Ministro Barros Barreto,⁵ fora por este mandado atuar

5. Frederico de Barros Barreto (1895-1969) foi, em 1939, designado Ministro do Supremo Tribunal Federal, passando a acumular tais funções com as de presidente do Tribunal de Segurança Nacional (TSN), a partir de maio de 1940 até a extinção daquele *tribunal de exceção*. Foi presidente do Supremo Tribunal Federal (1960-1962). Juntamente com mais três outros ministros, foi voto vencido na decisão de transferência do STF para Brasília, sob o

sob a acusação de que vendera para a sua residência mercadorias por preço superior ao fixado na tabela oficial. Mas, se tal ocorrera — esclareceu o Dr. Cunha Vasconcellos — era porque as mercadorias vendidas ao Ministro eram de qualidade especial e "esmeradamente escolhidas". Tal circunstância excluiria, segundo jurisprudência do próprio Tribunal de Segurança Nacional, a aplicação da tabela. Por outro lado a venda tinha sido feita a crédito, outra circunstância favorável pois em todo o comércio do Rio de Janeiro a venda naquela condição autorizava uma pequena elevação de preço. E um argumento poderoso ainda remanesce, segundo a exposição do Advogado Cunha Vasconcellos: o Ministro Barros Barreto, em gesto inesperado, mandara figurar nos autos de infração e de apreensão como sendo comprador daquelas mercadorias o seu ordenança, o soldado raso José Pio da Costa. Falsamente se declarou naqueles atos processuais que o suposto consumidor residia na Rua Visconde de Caravelas, 57.

7. A reação de Sobral Pinto após aquela rápida exposição foi transmitida ao quitandeiro e ao colega de profissão que o estava convidando para patrocinar a causa. As suas palavras, literalmente, foram estas: "Apreendemos, imediatamente, a gravidade da nossa posição, pois não podíamos ter a menor dúvida sobre os riscos, dissabores, e prejuízos que iríamos suportar. Tivemos, desde este instante, a noção nítida de que todo o esforço seria perdido. Com franqueza e lealdade, expuzemos ao Dr. Cunha Vasconcellos, e ao seu cliente Augusto Pereira, a nossa perspectiva sombria, terminando por dizer: 'Se querem lutar, estou às suas ordens'. Resolveram ambos, aceitar o desafio, que lhes fora dirigido".⁶

entendimento de que não havia, naquele momento, condições na nova capital para as instalações da Corte. Aposentou-se em 1963.

6. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 11.

6. A imprensa ao tempo da ditadura

8. Uma pálida mas suficiente noção do comportamento da imprensa e de outros meios de comunicação durante os *ásperos tempos* da ditadura se contém na correspondência que Sobral Pinto dirigiu ao diretor do jornal *Correio da Manhã*. E assim o fez, irritado com a forma pela qual foi noticiada a condenação do quitandeiro.

9. A carta é um notável documento que revela a coragem cívica e profissional do advogado e a subserviência do jornal. Nada mais é preciso comentar.

Basta a sua leitura.

"Rio, 16 de Junho de 1942.

"Sr. Dr. Paulo Filho,

"Diretor do "Correio da Manhã".

"Embora não nos falemos, desde quase vinte anos, por causa de injustiças que sofri do "Correio da Manhã", então, como hoje, sob a sua direção, e quando exercia eu o árduo e espinhoso cargo de Procurador Criminal da República, acho que é de meu dever vir à sua presença, para lastimar que o "Correio da Manhã" de Domingo tenha dado o seu apoio a uma atitude do Tribunal de Segurança Nacional, que, perante os homens de coração bem formado, só poderá merecer justa reprovação. Refiro-me, Dr. Paulo Filho, à notícia intitulada "Piabas e Tubarões", que vem na 6.ª coluna da 4.ª página, logo abaixo de um anúncio do Banco Boa Vista S/A."

"Nada sou, nada valho, e nada significativo, sobretudo hoje, em que a vida do advogado é uma série diária e ininterrupta de angústias indescritíveis, de riscos permanentes, e de esforços quase inúteis. É que por toda parte o advogado se vê hostilizado quando, deparando com o arbítrio petulantemente triunfante, tem a virilidade de a ele se opor. Pode imaginar, assim a tristeza, a melancolia, e o sofrimento com que vi o "Correio da Manhã" se colocar, no caso de que vou tratar, exatamente ao lado dos prepotentes.

"Estando, como estou, convencido de que quem redigiu a notícia em questão não sabe do que se passou, na realidade, venho expor-lhe, com a brevidade indispensável, este lamentável episódio, que é bem um índice da insegurança e da nenhuma nobreza dos tempos em que vivemos.

"Vamos ao caso: o Ministro Barros Barreto, Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, era antigo freguez da quitanda "São Sebastião", sita à rua Real Grandeza n. 160, de propriedade de Augusto Pereira. Comprando a crédito, fazia questão de só receber frutas e verduras escolhidas, sabendo que, nesta última circunstância, não poderia exigir o preço da tabela oficial. Apesar de se ver atendido em tudo, a tempo e a hora, pelo quitandeiro Augusto Pereira, nunca saldou, entretanto, perfeitamente em dia, os seus compromissos. Pelo caderno que está junto aos autos, apura-se que a conta de Dezembro só foi paga em 16 de janeiro deste ano; que a conta de Janeiro, que atingiu 175\$100, só foi saldada a 8 de Fevereiro; que a conta de Fevereiro, que subiu a 82\$000, não foi resgatada em Março; que a conta de Março, que se elevou a 161\$900, teve de ser acumulada com a de Fevereiro, para juntas só serem pagas em 14 de abril; que a conta de Abril, na importância de 194\$400, e a de maio, até o dia 16, de quasi réis 100\$000, não foram pagas até esta data. Quem quer que se dê ao trabalho de confrontar os preços da tabela com os do caderno, verificará que, em tantos meses de fornecimento, o excesso subirá a poucos mil réis, e este era justificado não só por se tratar de mercadoria esmeradamente escolhida, como também porque a venda era a crédito.

"Esquecendo-se de que estava a dever quasi réis 300\$000 ao seu quitandeiro, o Ministro Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, Dr. Frederico Barros Barreto, fez o seguinte: chamou o seu ordenança, o soldado da Polícia Militar,

Sr. José Pio da Costa, e a ele entregou o caderno da propriedade dele Ministro, afim de que este soldado se apresentasse como sendo o comprador das mercadorias constantes do referido caderno. Fez, em seguida, vir à sua casa, à rua Visconde de Caravellas n. 57, três fiscais da Comissão de Tabelamento, e a estes deu instruções para que lavrassem um auto de infração contra o quitandeiro Augusto Pereira, sob a acusação de que vendera verduras e frutas, por preço superior ao da tabela àquele soldado.

“Obedecendo às determinações do Ministro Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, o soldado José Pio da Costa e a turma de fiscais da comissão de Tabelamento agiram rigorosamente dentro das normas que lhes foram ditas.

“Então, resultou esta coisa assombrosa: um soldado que ganha 344\$000 por mês, despende, normalmente, mais da metade dos seus vencimentos em verduras e frutas; um soldado, que é solteiro, gasta quase 200\$000 por mês na sua casa, somente em verduras; um soldado, que serve no 2.º Batalhão de Infantaria da Polícia Militar, passou a ser o morador da casa onde reside o Ministro Presidente do Tribunal de Segurança Nacional; um soldado, que, na escala social, pertence ao elemento mais modesto da sociedade carioca, pode exibir em Juízo em caderno de quitanda com vários lançamentos feitos pela mão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, e, simultaneamente, Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, pois que alguns destes lançamentos são do punho do Ministro Frederico Barros Barreto.

“Afim de provar, de maneira decisiva todos estes fatos, pedí ao Juiz Dr. Eronides de Carvalho que me fosse facultada a reinquirição do soldado e dos membros da turma de fiscalização da Comissão de Tabelamento, e, outrossim, a diligência correspondente ao exame da letra do

Ministro Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, que figurava no caderno em questão. Esbarrei, porém e sempre, diante de indeferimentos sucessivos, e categóricos.

“Em consequência destas cousas que estou a lhe expor, Dr. Paulo Filho, o quitandeiro Augusto Pereira foi preso, preventivamente, e se acha agora condenado porque um membro da Polícia Militar, três funcionários da Comissão de Tabelamento, e um Juiz do Tribunal de Segurança Nacional afirmaram, em momentos sucessivos, que ele efetuara vendas a crédito a uma pessoa que nunca foi seu freguez, enquanto que o verdadeiro freguez não aparecia, porque, então, o desenvolvimento do processo seria, juridicamente, bem diverso.

“O que aí está basta para dar-lhe idéia nítida do que é este processo, que se vem desenvolvendo de maneira tal que, com ele, ganhei mais uma inimizade no seio do Tribunal de Segurança Nacional, além de outras que já tinham caído sobre mim. Não quero me referir a este aspecto do caso, porque não é de meu hábito queixar-me das injustiças, dos perigos, e dos indescritíveis prejuízos que venho tendo, nos meus interesses pessoais, por causa da maneira varonil com que me tenho conduzido no patrocínio de certas causas, particularmente difíceis, delicadas, e cheias de riscos. Posso lhe assegurar, porém, que, para não se ver envolvido, neste caso, como o seu cliente, numa situação de vexame singular, teve o advogado do quitandeiro Augusto Pereira de recorrer a toda a sua habilidade para poder harmonizar, em todo o decurso da sua atuação, os deveres da sua virilidade com as cautelas da sua prudência. E, daqui por diante, não menor deverá ser a sua vigilância, porque as mesmas dificuldades hão de surgir para ele quando tiver de ser julgada a apelação no Tribunal Pleno, e, mais tarde, o competente *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal.

“Após esta sucinta exposição, eu lhe pergunto, Dr. Paulo Filho: parecem-lhe justas, procedentes, e razoáveis aquelas palavras do “Correio da Manhã”, tão duras e tão impiedosas para um pobre homem de trabalho, que vive só para si, e para a sua família? Metido no cárcere, e desembolsando do seu crédito, enquanto que os seus perseguidores triunfam por toda a parte, teve e tem tido o quitandeiro Augusto Pereira por ele, até agora, apenas a palavra, desassombrada, de um modesto, e impotente advogado, que, apesar de assistir, quotidianamente, a tantas e tamanhas injustiças, ainda confia, firma e energeticamente, na vitória final do Bem.

“Esperando que consinta em receber com nobreza e elevação, apesar da nossa separação, estas palavras em nome da verdade, alimento a convicção de que não permitirá mais, daqui por diante, que o caso do quitandeiro Augusto Pereira seja apresentado aos numerosos leitores do “Correio da Manhã” como um motivo de orgulho para o Tribunal de Segurança Nacional.

“Sem outro motivo, assino-me,

“a) *Heraclito Fontoura Sobral Pinto*”.⁷

7. A coação sobre o cliente

10. Mas o pior ainda estava por vir.

Irresignado com a condenação, Sobral Pinto manifestou recurso de apelação (que tomou o número 1.402) ao plenário do Tribunal de Segurança Nacional. E no dia 14 de julho de 1942, encaminhou longa e bem fundamentada petição com mais uma defesa escrita dirigida ao Relator⁸ e aos demais membros do Tri-

bunal.⁹ Foram dezessete itens de vigorosas e certeiras alegações visando desmontar a injustiça do processo e que se destacaram pela coragem de investir contra a pessoa do presidente do próprio órgão julgador — responsabilizando-o pela simulação do auto de infração e fazendo essa pitoresca queixa: ...“O Suplicante até este momento não recebeu o preço da mercadoria a que aludem os autos de infração n. 101 e de apreensão n. 51”.¹⁰

11. No dia 17 de julho de 1942 reuniu-se o pleno do Tribunal de Segurança Nacional. Sobral Pinto elaborou mais uma alentada defesa escrita e que foi lida, da tribuna “pausadamente e com segurança”, como ele mesmo disse em seu livro.¹¹

Após ter cumprido o seu dever — quando as suas afirmações teriam sido ouvidas “dentro de silêncio sepulcral” — Sobral Pinto dirigiu-se a uma das cadeiras destinadas ao público para ouvir as alegações da acusação. Porém, ouvindo algumas expressões que o aborreceram, retirou-se do tribunal. Vamos ler as suas próprias palavras:

“Em boa hora deixamos aquele local. É que daí a minutos, a calúnia, movida pelo rival impotente, ia alçar o seu colo atrevido e petulante. Impossibilitados de destruir os nossos argumentos esmagadores, os inimigos da verdade enveredaram, deliberadamente, pelo caminho da maldade. Percebendo, com efeito, que Augusto Pereira ansiava por sua libertação imediata, resolveram tirar partido desta sua sofrequidão impaciente e crédula. Prometeram-lhe, ao que parece, reduzir a sua condenação a trinta dias, — o que importava na sua libertação automática, pois, já se achava preso há 46 dias —, desde que assinasse determi-

7. *Autópsia de uma calúnia*, cit., p. 95/99.

8. Referindo-se à apelação, diz Sobral Pinto que foi “escolhido para seu Relator o Juiz Capitão de Mar e Guerra Alfredo Miranda Rodrigues, que, desde Dezembro do ano passado, estava de relações rãs conosco, conforme se tornara público e notório”. (*Autópsia*

de uma calúnia, cit., p. 103. Ortografia original).

9. *Autópsia de uma calúnia*, cit., p. 103/117.

10. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 116.

11. Ob. cit. p. 117.

nada carta. Como se verá, pelos seus próprios termos iniciais, a carta de Augusto Pereira —, demonstra que, desde os dias anteriores, vinham se processando entendimentos entre aquele nosso cliente e o Juiz Capitão Dr. Eronides de Carvalho".¹²

12. O cliente, preso e coagido psicologicamente, teria assinado uma carta escrita por outrem. O Juiz Capitão Eronides Carvalho recebendo o documento despachou-o, de imediato ao relator da apelação o qual, por sua vez, remeteu-o ao Ministério Público.

Por incrível que possa parecer, a carta foi juntada aos autos por determinação do relator, *durante a sessão secreta* do tribunal. Conforme a narrativa de Sobral Pinto, o documento "foi escrito numa caligrafia que não é de Augusto Pereira, recebeu, entretanto, a assinatura d'ele, apósta, precisamente, no local que fôra designado com uma cruz, à maneira do que fazem os Escreventes de Cartório quando precisam indicar às partes interessadas a linha na qual devem lançar os seus respectivos nomes".¹³

O texto integral da surpreendente carta, um autêntico *corpo de delito* da calúnia é o seguinte:

"Exmo. Sr. Dr. Juiz Heronides de Carvalho do Tribunal de Segurança Nacional

"Meus respeitosos cumprimentos

"Esta tem por fim agradecer a V. Excia., o favor e a bondade como Meritíssimo Juiz recebeu das mãos de minha senhora a messiva¹⁴ que eu dirigi a V. Exa., na qual eu humilde agradecido implorava a sua proteção para meu caso, e penso que com a graça de Deus e a sua ajuda seria feliz em muito breve obter a minha liberdade, e com ela o meu regresso para junto daqueles que me são caros.

"Outrossim, peço-lhes permissão para expôr os motivos que deram causa a que me visse defendido neste processo crime pelo adevogado Dr. Sobral Pinto, que segundo disseme minha senhora tanto o M.M. Dr. Juiz como o Exmo. Sr. Ministro Dr. Barros Barreto, estão bastantes contrariados com as razões apresentadas pelo mesmo para defenderme, do que desde já expressolhes as minhas desculpas, pois em vez beneficiarme culminaram nesta infinidade de sofrimentos e tantas desventuras que ora existem a mim, e a minha família.

"Pois bem, tendo eu entre os meus distintos freguezes o adevogado Dr. Petralha, a quem eu considero como amigo e mesmo por elle servidome sempre com os seus conhecimentos profissionais quando se torna necessarios em meus assuntos commerciaes consulteio sobre este meu processo, ao qual tinha eu que responder como incurso nas Leis do Tribunal de Segurança Nacional, excuzou o mesmo, porque até convideio para patrocinar a minha causa dizendo-me que não tinha influencia precisa junto ao Tribunal supracitado, mas sim tinha elle um amigo adevogado que estava na altura de ser meu patrono nesta cauza, assim sendo fui apresentado ao mesmo em seu escritorio pelo meu amigo Dr. Petralha onde vim a conhecer ser o Dr. Sobral Pinto, tratando elle os seus serviços profissionais pela *importancia de cinco contos de réis (5:000\$000)*, dizendo-me *porme a salvo da prisão*, ou melhor ser eu abessolvido assim que entrasse meu processo em julgamento já tendo ele da importancia combinada, entrado na posse de *4:000\$000, quatro contos de reis, o qual mandou buscar aqui no presidio* onde me encontro, pedido este que não satisfiz em virtude de encontrar-me eu preso já a quasi mez e meio, e não dispôr eu na ocasião de referida importancia.

"Pelas as razões, por mim expostas, pode V. Exa. vêr que só posso atribuir

12. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 131/132.

13. Ob. cit. p. 133.

14. Como já consta da nota n. 1, a transcrição observa, fielmente, a ortografia original.

tudo isto a minha pouca sorte, trabalhado tão somente pela adversidade do meu destino, ou obra da fatalidade.

“Mais com a fé que tenho em Deus e confiante na Justiça representada pelos ilustres Magistrados Exmos. Srs. Ministros Dr. Barros Barreto, e o D.D.Dr. Juiz Heronides de Carvalho, esperansozo, humilde, e resignado, aguardo de Vas. Exas. o remedio para suavisar, e por fim aos meus sofrimentos concedendome a minha liberdade.

“O que desde já antecipadamente não só lhe peço desculpas por mais uma vez ir ocupar o vosso preciosissimo tempo em esta carta, como imensamente agradeço, enviolhe os meus votos de felicidades, e imensas prosperidades, e o meu mais elevado grão de estimas e considerações.

“Deste vosso criado, e humilde detento

“x Augusto Pereira

“Saudações cordiais

“Presídio do Distrito Federal, em 13 de Julho de 1942”.¹⁵

8. “Autópsia de uma calúnia”

13. Sobral Pinto informou que não ouviu a leitura do “maldito e calunioso documento”. Porém, ao tomar conhecimento da infidelidade e deslealdade do cliente mandou-lhe, “sem um minuto de vacilação” a carta ora transcrita:

“Rio, 18 de Julho de 1942.

“Sr. Augusto Pereira.

“Descendo da tribuna do Tribunal de Segurança Nacional, onde acabara de produzir a sua defesa, nos termos vigorosos e desassombrados da cópia que ora lhe remeto, retirei-me, logo após, do edifício onde funciona aquele órgão da atual máquina administrativa do país. As primeiras palavras partidas da cadeira da acusação, e que foram pronunciadas quando eu me achava, ainda, no recinto,

sentí que não tinha diante de mim um adversário leal, que merecesse a honra da minha presença. Deslustramento a árdua, mas nobre função da acusação, aquele funcionário se dispusera a cumprir, com fidelidade subalterna, a ingrata, odiosa, e injusta incumbência de se esforçar por salpicar de lama o arminho indene da minha honra profissional. O desprezo tranquilo e varonil da minha ausência seria o único gesto digno e decente perante semelhante desfaçatez. Foi o que fiz.

“Não ouvi, por isto, graças a Deus, e para decepção de muita gente, a leitura da carta que o Sr. assinou, para que, assim autenticada, pudesse ser entregue ao Juiz Capitão Dr. Eronildes de Carvalho, empenhado, agora, — e alheio aos severos deveres da judicatura —, em marear, num esforço aliás inutil, a probidade ilibada do advogado intrépido, que vem tendo a incrível ousadia de dizer, neste caso em que o Sr. se viu perseguido pelo Ministro Barros Barreto, tão somente toda a verdade, demonstrando, assim, com argumentos indestrutíveis, a sua inteira inocência. Mas, colegas que assistiram à infeliz e deprimente leitura desta carta, que não depõe contra mim, mas contra os que a engendraram e utilizaram tendo a consciência nítida da falsidade de tudo quanto nela se diz, me relataram o seu calunioso conteúdo consoante esta narrativa, o Sr., em resumo, atribuiu todas as desgraças que caíram, repentinamente, sobre a sua cabeça desprotegida, à maneira pela qual eu teria conduzido a defesa dos seus direitos. Mais ainda: pensando em ferir, indigna e perversamente, o Ministro Barros Barreto, de quem me tornara inimigo, eu, em vez de cuidar dos seus interesses, confiados ao meu patrocínio, entrei a dar pasto às minhas paixões subalternas, não trepidando em agir, para conseguir o meu baixo objetivo, com torpe ganância desleal, que não recuou nem mesmo diante dos seus enormes sacrifícios. Cuidando

15. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 133/135.

unicamente dos meus próprios interesses, — termina este miserável documento —, eu lhe teria afiançado que o Sr. me entregasse 5.000\$000 eu lhe garantiria a sua absolvição.

“As narrativas caluniosamente imbecis e ridículas produzem precisamente, feito inteiramente oposto àquele que, com elas, se tem em mira alcançar. A Notoriedade da minha pobreza honrada resiste, sem o menor abalo, a estas investidas da maldade, que, impossibilitada de esconder os seus próprios crimes, se esforça, numa tentativa vã, por fazer acreditar que, rompendo, repentinamente, com todo um passado de 25 anos de vida profissional ilibada, descí, de uma hora para outra, nestes últimos 60 dias, à triste condição de traficante de advocacia! Na sua demência exaltada, os homens desalmados que estão se servindo, satanicamente, da sua desgraça para me ferirem, não veem que a minha honestidade tem créditos tão sólidos, por toda a parte, que farças desta ordem, como a da carta que o Sr. assinou, não redundam em prejuízo do meu nome, mas, sim, em desmoralização total de todos aqueles que participaram da sua fúnebre e maldita representação.

“Não é a primeira vez, Sr. Augusto Pereira, e nem será, certamente, a última, em que a maldade e a inveja, alucinadas pelo prestígio inabalável da minha horadez profissional, investem desabridamente contra o nome digno que, por entre renúncias, sacrifícios e trabalhos indescritíveis adquiri no seio da minha classe. De todas as vezes, porém, em que me defrontei com a calúnia, eu a venci, fazendo-a beijar, humilhada, o imundo pó da terra. As cousas não correrão diferentemente desta vez. Nesta luta, para a qual, impando de orgulho idiota, ela de novo me convoca, o vencido não serei eu.

“A sua carta, Sr. Augusto Pereira, não me enche de revolta contra o Sr. O que o Sr. me faz é pena. Na sua desgraça,

afastado do convívio da família, metido num duro cárcere, o Sr. não soube perceber que queriam não só mergulhá-lo na deshonra, mas também, manchar a atividade profissional do seu advogado, que, para defender energeticamente os seus direitos postergados, não trepidou em afrontar todos os riscos, e em sacrificar mesmo os destinos futuros da sua advocacia no seio do Tribunal de Segurança Nacional. O Ministro Barros Barreto não era, antes de seu caso meu inimigo pessoal. O Juiz Capitão Dr. Eronides de Carvalho mantinha comigo, desde os tempos em que fôra Governador do Estado de Sergipe, relações amistosas aparentemente sólidas, conforme o Sr. poderá ver pela cópia desta carta de 1.º de Junho de 1935, que passo, agora, também às suas mãos. Ambos estes Juizes honram-me, hoje, com o seu ódio impotente, única e exclusivamente por sua causa, Sr. Augusto Pereira. E o pago que o Sr. me dá por haver lutado, corajosamente e sem esperanças, contra tudo e contra todos, para reivindicar os seus direitos esmagados, é a assinatura desta carta, onde tudo é falso, onde tudo é mentira, onde tudo é infâmia.

“Desde a primeira hora em que nos encontramos, eu lhe disse, sem a menor vacilação, que a sua causa era uma causa irremediavelmente perdida, pois, estava a entrar pelos olhos adentro de quem quisesse enxergar que o Ministro Barros Barreto não iria fazê-lo processar pelo Tribunal dele, e servindo-se do seu ordenança como testa de ferro, para, no fim galardoar o Sr. com uma absolvição! Eu lhe afirmei isto no meu escritório, com a minha costumeira lealdade. Eu lhe sugeri, até, a fuga, pois, não devia, nem podia esperar justiça. Eu afirmei a mesma cousa a outras pessoas, que se interessavam pelo Sr., e cujos nomes deixo de aqui declinar porque não estou para isto autorizado. Por que, então, gratuitamente, atribuir-me palavras que nunca lhe disse, promessas que nunca lhe fiz?

"Por outro lado, nunca o Sr. falou comigo a respeito de honorários. Quem tratou deste assunto foi o Dr. Cunha Vasconcellos, que, sendo o advogado da sua escolha, não se sentiu com as forças necessárias para travar, sozinho, uma luta tão áspera, e que todos previam que seria particularmente bravia. Com o meu habitual desinteresse, deixei ao arbítrio soberano do Dr. Cunha Vasconcellos fixar ele próprio, dentro dos limites das possibilidades financeiras do Sr., os honorários que nos deveriam de ser pagos. Nunca lhe exigi nada, até agora, nem o restante dos meus honorários, nem o pagamento dos gastos que efetuei. Tendo estes atingido a quase um conto de réis, só me vi reembolsado, entretanto, de apenas 500\$000, por intermédio do Dr. Cunha Vasconcellos.

"Não justifico, mas, com a minha caridade cristã, explico o seu procedimento. Curtindo penosa prisão, afastado do seu estabelecimento comercial, e, ainda por cima, fazendo despesas com a sua defesa, o Sr. era um campo propício às atividades malsãs e diabólicas dos homens que deliberaram perseguir-lo. Mandaram dizer-lhe, através de habeis e perversos intermediários, que a sua libertação imediata dependia tão só da sua própria vontade. Estes demônios da intriga, depois de lhe soprarem no ouvido a palavra torpemente acusadora da atuação do seu advogado, concluíram, naturalmente, a sua nefasta obra de perfídia, com esta promessa enganosamente firme e solene: "Se o Sr. consentir em assinar uma carta em que diga que foi enganado pelo seu advogado, enviando tal carta ao Juiz Capitão Dr. Eronides de Carvalho, o Tribunal Pleno reduzirá a sua condenação a 30 dias de prisão, e o Sr. será imediatamente posto em liberdade, por isto que já cumpriu semelhante pena".

"Na ânsia de conquistar, sem mais demora, a sua tão esperada libertação, e de poder voltar, assim, para a testa do seu negócio, que deve de ir mal, por

causa além da sua ausência, o Sr. não refletiu que, além de iníquo e injusto, este gesto cavava a sua própria ruína. Apunhalando-me pelas costas, como lhe aconselharam que fizesse, o Sr., depois de atravessar, de lado a lado, o meu coração, rasgou, inconscientemente, o seu próprio peito.

"Fixando, agora, o meu olhar humilde e melancólico sobre o caminho de espinhos que a Providência traçou para a minha vida profissional, eu não me encho de indignação contra a sua pobre, inconciente e ridícula carta. É que eu a encaro como um corolário lógico de todo este triste e deprimente episódio. Este processo começara por uma falsidade, vivera na falsidade, sendo natural, assim, que acabasse, também, por uma monstruosa e ridícula falsidade. Mais ainda: dele resultara, em todos os instantes da sua duração, um grande, um imenso, e um irreparável desprestígio para a Justiça. Por causa dele, a Justiça terá, certamente, derramado lágrimas de sangue. Era, portanto, e também natural, que, neste processo, derramasse também lágrimas de sangue a única pessoa que, das muitas que nele entrevistaram, se preocupou sempre, e sem desfalecimentos, com os imperativos superiores dessa mesma Justiça. E sem a sua carta, tão iníqua, tão miserável, e tão caluniosa, eu não teria tido, jamais, a oportunidade de derramar estas lágrimas de sangue. A sua carta, por isto, precisava de ser escrita, porque ela é o digno coroamento deste processo a um tempo profundamente injusto, e sinistramente dramático.

"a) Heraclito Fontoura Sobral Pinto".¹⁶

9. A reabilitação indireta

14. Apesar de todo esse *calvário profissional* o Advogado varonil colheu uma compensação mesquinha para o processo

16. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 135/140.

mas gratificante para a alma. Tais e tão decisivas foram as provas oferecidas e tão eloqüentes os discursos da defesa que obrigaram o Tribunal Pleno a proclamar, no seu acórdão, que aqueles autos de infração e de apreensão não eram verdadeiros, porquanto José Pio da Costa nada comprou de Augusto Pereira, e não tinha, além disso, a propriedade sobre o caderno apreendido. E textualmente reconheceu:

“O fato de te sido queixosa uma pessoa ao serviço do Exmo. Sr. Ministro Presidente, quando este foi lesado, no qual tanto insiste a defeza, não inflúe nada quanto á existencia do crime e quanto á sua autoria, pois, em se tratando de crime de ação publica, não importa quem seja o lesado pessoalmente, bastando que haja infração do preceito legal”.¹⁷

15. O arremate para o livro-denúncia estava pronto. Nada mais seria preciso acrescentar para que os leitores se convencessem, à exaustão, da nobreza da luta forense e da iniquidade da condenação. Mas o caráter ímpoluto e a perseverança de Sobral Pinto acrescentaram mais algumas *contas* ao *rosário* funcional do grande causídico.

As palavras finais de seu eloqüente e humanitário depoimento valem como bálsamo para aquele tipo de sofrimento espiritual e alento para todos os advogados que, sem temores¹⁸ nem rancores enfrentam não somente os naturais obstáculos opostos pela parte contrária, mas, também os preconceitos sociais e a parcialidade dos juízes.

17. *Autópsia de uma calúnia*, cit. p. 156.

18. Vinte e um anos depois daquelas manifestações ativas e viris de Sobral Pinto, o *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil* (Lei n. 4.215, de 27.4.63) viria consagrar solenemente: “Nenhum receio de desagradar a juiz ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deterá o advogado no cumprimento de suas tarefas e deveres”.

“Premido pela força da verdade, o acórdão destroi e aniquila as peças fundamentais sobre as quais foi construído este processo.

“Cabe aqui, porém, um pequeno reparo: poderia o soldado raso José Pio da Costa representar, na qualidade de ordenança, e perante o Tribunal de Segurança Nacional, o Presidente deste: Ministro Frederico Barros Barreto? A circunstancia de estar a serviço daquele magistrado, como seu ordenança, lhe dava poderes de representação tão amplos, que, nas peças basicas do processo, poderia a ele substituir, até mesmo em atos de sua vida domestica, como o de figurar de comprador de verduras e frutas destinadas ao consumo da casa daquele magistrado?

“Responde a esta pergunta o art. 210 do Regulamento Interno dos Serviços Gerais dos Corpos da Polícia Militar:

“As praças ordenanças não poderão ser empregadas em serviços que lhes não caibam pela natureza das suas funções ou que sejam peculiares a empregados domesticos.

“A segunda consolação, que experimentamos precisamente no termo final deste processo, e que nos permitimos recordar ao encerrarmos este trabalho de história forense, é a de que fomos julgados, pela Serena Providencia, dignos de padecermos dores e aflições por causa da verdade judiciaria. Quando, assim, tivermos de comparecer perante o tribunal supremo, poderemos recordar, humildemente, a Deus Nosso Senhor, e como compensação de nossos múltiplos pecados, esta promessa do Verbo Encarnado: “Bem aventurados os que sofrem perseguição por amor da justiça; porque deles é o reino dos céus (*São Matheus — Cap. V, v. 10*)”.¹⁹

19. *Autópsia de uma calúnia*, cit., p. 156/157.