

REVISTA BRASILEIRA DE

ciências

criminais

ano 2 - n. 5 - janeiro-março - 1994

5

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 5, JAN-MAR/94

Diretor: Alberto Silva Franco

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

Suplentes: Carlos Vico Mañas, Maria Thereza 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 Delmanto Junior; 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 Sabatel, Berenice Maria Gianella, Carlos Mário Veloso Filho, David Teixeira de Azevedo, Dyrceu 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, Luíza 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 Rebelo Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Sylvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

Colaboradores permanentes:

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adauto Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damásio 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 Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochevsky, Licinio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luis Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, Paulo José da Costa Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

Estrangeiros — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M. Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gimenez-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, M. 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) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Composição e diagramação: ARTELEISER COMPOSITORA LTDA., Rua do Hipódromo, 94 — CEP 03051-000 — 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

Às vésperas(?) de uma sonhada reforma da Parte Especial do Código Penal, como fruto, por um lado, de um delicado e cuidadoso processo de discussões entre os membros da Comissão encarregada de elaborar um Anteprojeto e, de outro, de uma melhora do sistema punitivo, seja para racionalizá-lo, seja para adequá-lo às exigências de uma sociedade democrática e com novos problemas, o número que agora chega às livrarias apresenta os maiores e melhores subsídios.

Na seção relativa à doutrina internacional quatro trabalhos inéditos para o leitor brasileiro e da maior importância são publicados. Alessandro Baratta, professor da Universidade de Saarbrücken, escreve sobre as funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal, chamando atenção para os objetivos não declarados do sistema repressivo e, sobretudo, para sua indevida utilização o que gera um descrédito deste. É que em face da tentativa de se responder ao alarde criado, não raro, pela imprensa, em torno da escalada criminoso, os políticos encontram nas leis penais um “meio fácil” de aplacar a demanda social contra a impunidade.

De outro lado, o Prof. Winfried Hassemer, da Universidade de Frankfurt, num estudo dedicado à Segurança Pública no Estado de Direito, destaca que na Alemanha, como aqui no Brasil podemos agregar, a criminalidade e violência ocupam o centro das atenções dos cidadãos. Nesse contexto, os direitos à intimidade e à proteção, por exemplo, dos dados pessoais, sofrem hoje a mesma corrosão que outros Direitos de liberdade na alça de mira do combate ao crime: recebem o adorno de “exagerado” e o carimbo de “fora da realidade”.

No rico, fecundo e profundo ensaio, o Prof. Hassemer analisa como a manipulação do medo coletivo difuso, resultando da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas. Daí o enrijecimento do direito, a atenuação de princípios clássicos como o *in dubio pro reo*, ou a condescendência com investigações pouco transparentes em pleno Estado de Direito democrático. Qualquer semelhança com problemas práticos e teóricos vivenciados no Brasil não é mera coincidência.

Os temas postos em destaque também são enfrentados, mas com a incidência das luzes sobre outros aspectos, pelos professores Mário Chiavario, da Universidade de Turim que trata dos Direitos Humanos no Processo Penal e a criminalidade organizada e Raúl Cervini, da Universidade de Montevidéu, que analisa o delicado problema da mídia na expansão do controle penal na América Latina.

A Doutrina Nacional aparece com trabalhos da maior expressão. O professor César de Farias Júnior, da Universidade Federal da Bahia, apresenta uma importante contribuição para a discussão dos crimes contra a ordem tributária, salientando inclusive os abusos que vêm sendo praticados neste campo com o oferecimento de denúncias sem que esteja elucidada a fraude fiscal.

São tantas, tão variadas e expressivas as contribuições apresentadas, que ao invés de procurar resenhar cada trabalho, melhor é afirmar que este número reúne a seleção mais apurada que este Conselho Diretivo teve a oportunidade de condensar. E não foi à toa. É que dentro de uma visão desde o início preocupada em situar os problemas teóricos dentro da realidade, evitando, como dizia o saudoso Roberto Lyra, percorrer o *litoral das curiosidades*, num momento difícil em que os horizontes político-institucionais estão se turvando, só mesmo o firme posicionamento em torno das idéias e ideais mais caros da cidadania podem resgatar nossos compromissos com uma sociedade mais justa. Afinal, como dizia Hana Arendt, nossa herança foi deixada sem nenhum testamento.

Não é, por fim, ocioso remarcar que esta Revista, de caráter pluralista e científico, está aberta a novas contribuições, para, definitivamente, poder servir melhor aos propósitos de entrosar-se mais e melhor com as diferentes instituições, e, especialmente com o público leitor.

CONSELHO DIRETIVO.

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico — ALESSANDRO BARATTA	5
Direitos Humanos, Processo Penal e criminalidade organizada — MÁRIO CHIAVARIO	25
Incidencia de las <i>mass media</i> en la expansion del control penal en latinoamerica — RAÚL CERVINI	37
Segurança Pública no Estado de direito — WINFRIED HASSEMER	55

2. DOUTRINA NACIONAL

Crimes contra a ordem tributária — CÉSAR DE FARIA JÚNIOR	70
Justiça e criminalidade — DAMÁSIO E. DE JESUS	77
As intimações pessoais no Código de Processo Penal e a Lei 8.701, de 1.9.93 — GRUPO PENAL DO SERVIÇO DE APOIO JURÍDICO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO	86
A intimidade e o Direito Penal — IVETTE SENISE FERREIRA	96
Devido processo legal, continência e crime culposo — JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI	107
Tóxicos: Algumas considerações penais — LYCURGO DE CASTRO SANTOS	120
A função criadora da sentença criminal — SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI	127

3. PARECERES

Seqüestro prévio e seqüestro no CPC — Distinção — ROGÉRIO LAURIA TUCCI	137
--	-----

4. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O caso Sacco e Vanzetti — RENÉ ARIEL DOTTI	148
--	-----

5. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

A admissibilidade do arquivamento implícito — ÁLVARO BUSANA E LUDGERO HENRIQUE PERDIZES	160
Cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial aberto — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR	164

Efeito da reincidência no prazo da prescrição retroativa — LUIZ CARLOS BETANHO	171
--	-----

6. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

6.1 Acórdãos na íntegra

Pena — Regime de cumprimento — Contravenção — STF — HC 69971-5 — 2.ª T. — j. 2.3.93 — rel. Min. Marco Aurélio	172
“Habeas corpus” — Princípio do promotor natural — Atuação <i>ultra vires</i> do promotor designado — STF — EDecl 67759-6 — TP — j. 26.8.93 — rel. Min. Celso de Mello	175
Intimação — Defensoria pública — Pessoalidade — STF — HC 70521-9 — 2.ª T. — j. 14.9.93 — rel. Min. Marco Aurélio	179
Estupro — Pena agravada com base na Lei dos Crimes Hediondos — STJ — 5.ª T. — j. 6.10.93 — rel. Min. Edson Vidigal	180
Resistência a ato da Guarda Civil Metropolitana — TJSP — Ap. 140.786-3/9 — 5.ª C. — j. 27.5.93 — rel. Des. Dante Busana	182

6.2 Ementário de jurisprudência — ALBERTO ZACHARIAS TORON E ROBERTO DELMANTO JUNIOR	184
---	-----

6.3 Decisões de primeira instância

Prova ilícita — Invasão ilícita de direito à privacidade — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR	200
Regime aberto em atentado violento ao pudor — SÉRGIO MAZINA MARTINS	203

7. JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA — ALBERTO SILVA FRANCO

“Habeas corpus” (Quinta parte)	207
--------------------------------------	-----

8. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES — RUI STOCO	247
---	-----

8.1 Jurisprudência Comentada

Crimes eleitorais cometidos por Prefeito Municipal	247
--	-----

9. LEGISLAÇÃO	253
---------------------	-----

9.1 Propostas legislativas

Infrações penais de menor potencial ofensivo (Aspectos procedimentais) — RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO	257
--	-----

10. RESENHA BIBLIOGRÁFICA	289
---------------------------------	-----

FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICAS DO DIREITO PENAL. LINEAMENTOS DE UMA TEORIA DO BEM JURÍDICO*

ALESSANDRO BARATTA

Universidade de Saarland. Alemanha

1. O conceito do bem jurídico no seu desenvolvimento histórico: funções intra-sistemáticas e funções extra-sistemáticas — 2. Sociedade de risco. Estado da prevenção e dinamização dos bens jurídicos. Dificuldades de uma utilização reducionista do conceito — 3. A crise da legitimação instrumental da função punitiva. Teoria da prevenção especial negativa e do neo-retribucionismo nos Estados Unidos — 4. Legitimação simbólica da função punitiva e tecnocracia. A teoria da prevenção geral positiva na Europa — 5. Conclusão.

1. O conceito do bem jurídico no seu desenvolvimento histórico: funções intra-sistemáticas e funções extra-sistemáticas.

Até há algum tempo atrás parecia haver-se alcançado marcos definitivos sobre a questão do bem jurídico no direito penal. Pelo menos os termos do problema pareciam seguros. Não parecia problemática a distinção tradicional entre as duas funções atribuídas ao conceito de bem jurídico: uma função imanente ao sistema do direito penal positivo, e uma função extra-sistemática.

A primeira função obedece à interpretação teleológica das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência dogmática principal deste uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade: antijuridicidade formal é a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo (Binding); antijuridicidade material é a lesão ou a ameaça do

interesse protegido pela norma. Há responsabilidade penal somente quando se realizam ambas formas de antijuridicidade. Não obstante, a antijuridicidade material está condicionada à existência da antijuridicidade formal.¹

A parte desta função intra-sistemática e com uma pretensa independência desta, constrói-se uma função extra-sistemática do conceito de bem jurídico como critério de apreciação do sistema positivo e da política criminal. Não existe uma conexão necessária entre a antijuridicidade material, considerada à luz do uso extra-sistemático do bem jurídico, e

* Tradução da revisão (1990) do original italiano; Ana Lúcia Sabadell, Universidade de Saarland, Alemanha.

1. Cf. Entre outros R. Maurach/H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1, 6.ª ed., München, 1983; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Berlin, 1978, pp. 5 e ss. H. J. Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", in *Festschrift für R. M. Honig*, 1970, pp. 151 e ss.; K. H. Gössel, "Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal", in *Festschrift für D. Dehlen*, 1985, pp. 97 e ss.; v. tb. G. Bettiol, "L'odierno problema del bene giuridico", in *Scritti giuridici*, t. II, Pádua, 1966, pp. 191 e ss.

a antijuridicidade formal (intra-sistemática) de um comportamento. Quero dizer com isto que admite-se que o legislador possa separar-se dela por “defeito” ou por “excesso”, deixando de tutelar interesses dignos desta, considerados vitais para a sociedade, ou tutelar interesses que não o merecem.²

Na realidade, a esta duplicidade de funções³ não correspondeu, até o presente momento, uma terminologia unívoca. Por exemplo, Amelung denomina à função extra-sistemática com o termo “anti-socialidade”,⁴ fazendo referência a uma antiga tradição da ciência penal alemã. Nesta, o termo “bem jurídico” tem sido utilizado prevalentemente para a função intra-sistemática. Em 1872, Binding escrevia que “só a norma penal eleva um objeto à categoria de bem jurídico”.⁵ Já Von Liszt, em 1888, falava das “condições vitais da comunidade estatal” que o legislador penal transforma em “real objeto de tutela”, mas que, por outro lado, ele pode pecar por defeito e por excesso.⁶

No entanto, apesar das diferenças terminológicas, no pensamento penal alemão é nítida a distinção entre dois níveis de elaboração dentro da teoria do

bem jurídico (ou, no sentido negativo, da anti-socialidade ou antijuridicidade material), que correspondem às duas funções distinguidas por Hassemer.⁷ A nível ideológico e político trata-se da individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) da produção de normas penais (função de legitimação e/ou de limitação); a nível exegético e dogmático trata-se da interpretação e da sistematização *teleológica* das normas; as diferenças têm relação com os pressupostos ontológicos e epistemológicos que intervêm nas operações próprias dos dois níveis do discurso.⁸

O conceito intra-sistemático do bem jurídico é normalmente utilizado pelo legislador na elaboração da “parte especial” do código penal e na intitulação das leis que introduzem modificações no código penal, tomando-se por base o objeto a proteger-se. Da mesma forma, na “parte geral” do código penal, o legislador utiliza o conceito de bem jurídico nas suas próprias elaborações técnico-jurídicas: pensemos somente na formulação do estado de necessidade justificante do art. 34 do código penal alemão.⁹ Então veremos que nem sempre se trata, na função extra-sistemática do bem jurídico, de definições “tácitas” do legislador e de meras construções doutrinárias. Na maioria das vezes trata-se de enunciados legislativos que determinam os objetos de tutela prestada pelas normas penais e que devem ser elaborados pela doutrina e jurisprudência.

Neste trabalho não é possível analisar os diversos pressupostos e as variantes

2. Para tanto, v. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, 12/13.^a ed., Berlin, 1903, pp. 140 e ss. K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I (Normen und Strafgesetze), Aalen, 1872, p. 193.

3. Cf. a propósito W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973.

4. Consultar K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

5. Binding, *Die Normen*, ob. cit., p. 193.

6. F. v. Liszt, “Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und” in der *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, in “Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft”, VIII, 1888, pp. 133-156.

7. V. W. Hassemer, *Theorie*, ob. cit., pp. 19 e ss.

8. Cf. H. Mittasch, “Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens” in der *Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939.

9. O estado de necessidade como justificante se fundamenta no princípio da compensação de interesses; sobretudo entre interesse ameaçado e interesse sacrificado para sua salvação. Cf. H. H. Jeschek, *Lehrbuch*, ob. cit. pp. 288 e ss.

que se encontram na história, mais que centenária, dos usos do “bem jurídico”, ou de expressões equivalentes nas duas funções supracitadas. Em relação a esta perspectiva histórica, a literatura nos proporciona um abundante material ao qual nos permitimos remeter.¹⁰ Limitei-me, portanto, a indicar uma segunda alternativa entre duas linhas de interpretação que começa a perfilar-se já nas próprias origens das teorias do bem jurídico e que sempre esteve presente em sua história.

Trata-se da alternativa entre um uso exclusivamente defensivo e um uso também promocional da pena com respeito a bens e interesses considerados relevantes. Esta alternativa adquire a sua mais notável expressão na denominada “teoria metodológica” do bem jurídico introduzida por Honig em 1919.¹¹ Trata-se de duas linhas de tendência no interior da mesma concepção instrumental da função punitiva.

Podemos denominar as teorias promocionais de “teorias do bem jurídico no sentido lato” e de teorias defensivas as “teorias do bem jurídico no sentido estrito”. No entanto, esta distinção, como veremos mais adiante, foi se tornando cada vez mais imprecisa e perdendo relevância prática, na medida em que a tutela penal começou a estender-se dos interesses individuais e circunstanciais para áreas de interesses gerais e difusos.¹²

10. Entre outros, ver P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, Basel, 1962; W. Naucke, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Frankfurt, 1964; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, ob. cit. pp. 25-26. M. Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin, 1987, pp. 115-168.

11. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94.

12. W. Hassemer, “*Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 109 e ss.

Igualmente, se submetemos a distinção entre teorias intra-sistemáticas e extra-sistemáticas a uma análise mais rigorosa, veremos que esta não é tão precisa como poderia parecer à primeira vista. Nesta distinção classificam-se os discursos segundo a intenção dos autores, mas não se pode considerá-la totalmente apropriada para classificá-los segundo as premissas epistemológicas e os conteúdos. Isto só seria possível se a definição extra-sistemática de áreas de interesses dignos de tutela fosse realmente independente da definição intra-sistemática, isto tanto com relação às premissas epistemológicas quanto aos conteúdos e se, inversalmente, o critério do bem jurídico utilizado nas operações exegéticas e sistemáticas sobre as normas existentes fosse realmente independente das valorações político-criminais direcionadas ao que deveria ser tutelado pelas normas penais.

Recentemente, Balog demonstrou que esta condição não vem sendo, em nenhum sentido, cumprida.¹³ Na realidade, as definições extra-sistemáticas dos bens dignos de tutela têm sido obtidas utilizando-se amplamente, num ponto de vista heurístico, o sistema dos bens protegidos pelas normas penais existentes. Inversalmente, observa-se que nas definições intra-sistemáticas os modelos ideais e as valorações político-criminais dos autores em particular sobrepõem-se amplamente às operações analíticas sobre as normas penais existentes.

Esta “circularidade” do procedimento apresenta um duplo inconveniente. Por um lado vemos que interesses e valores “extra-positivos” são definidos no interior da lógica do discurso punitivo. Este por sua vez apresenta duas características básicas que estão consolidadas na tradição do direito penal: em primeiro

13. Cf. A. Balog, “*Rechtsgüter in Theorie und Praxis*”, in *Kriminalsoziologische Bibliographie*, VIII, 1981, pp. 51-67.

lugar a sociedade é considerada como uma comunidade homogênea de valores e interesses, que busca defender-se de uma minoria de pessoas desviantes. Em segundo lugar, a atenção do discurso fica polarizada entre os conflitos interpessoais e os conflitos entre indivíduos e sociedade, enquanto ficam excluídos os conflitos estruturais e aqueles que se dão entre grupos sociais. Está claro que se estas características influenciam a ótica “extra-sistemática” sobre o “negatividade social”,¹⁴ produzir-se-á uma visão deformada e parcial dela que é inadequada para fornecer critérios eficazes para a valoração crítica dos sistemas punitivos existentes e para a formulação de projetos inovadores no âmbito da política do controle social.

Por outro lado, os conteúdos positivos do direito penal são idealizados e legitimados através de uma vinculação “metodológica” com princípios e valorações extra-sistemáticas. Estas, por sua vez, fazem parte do contexto de um discurso que tem em comum com o discurso punitivo justamente suas duas características principais: a visão consensual da sociedade¹⁵

14. Nota do tradutor: o autor desenvolve o conceito de “negatividade social” dentro da sua teoria crítica ao sistema penal. Neste sentido o autor entende serem socialmente negativos aqueles comportamentos que contrastam com as necessidades e interesses importantes dos indivíduos e da comunidade, tomando por base critérios de valoração considerados válidos. Para um melhor exame deste conceito, remeto-me a: Baratta, A. *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, 1982, cap. VII e XV, respectivamente pp. 83 e ss. e pp. 199 e ss.

15. Esta visão encontra, entre o final do séc. XIX e o princípio do séc. XX, sua formulação clássica (ainda vigente) na teoria da pena de Durkheim, segundo a qual a função da sanção penal seria a de expressar e reforçar os valores em torno dos quais a sociedade se integra, Cf. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 13.^a ed., Paris, 1956, pp. 64 e ss.; De

e a visão parcial sobre os conflitos.¹⁶

Até mesmo algumas teorias extra-sistemáticas dos bens jurídicos, elaboradas numa incontestável perspectiva crítica, não conseguem escapar completamente de cumprir uma dupla função de legitimação, que se realiza independentemente da intenção dos autores com relação ao sistema de justiça criminal. Neste sentido, podemos tomar por exemplo a teoria “pessoal” do bem jurídico elaborada por Hassemer,¹⁷ cuja intenção é rigorosamente limitativa. Nesta teoria, a legitimidade extra-sistemática somente se admite na tutela penal de bens jurídicos “asseguráveis” e determinados, direta ou indiretamente relacionados com interesses de pessoas físicas.

Por outro lado, a deslegitimação das normas penais de tutela de interesses difusos e de “funções” implica, contudo, uma legitimação indireta das outras normas. O risco é que a exclusão “por princípio” dos bens jurídicos difusos e indeterminados seja compensada por uma aceitação (também esta “por princípio”), dos bens jurídicos pessoais e determinados, e que esta aceitação substitua a comprovação prática da hipótese da idoneidade da pena na tutela destes bens, revelando-se assim em um novo suporte da teoria instrumental do direito penal. Desta forma, a fachada crítica e política do discurso fica, na realidade,

la division du travail social. Étude sur l'organisation des sociétés supérieures, 2.^a ed., Paris, 1902, pp. 35 e ss.

16. Com relação a este tema, permito-me remeter ao meu trabalho *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, ob. cit., com particular atenção ao cap. X “Le teorie conflittuali della criminalità e del diritto penale. Elementi per una loro critica”, pp. 131 e ss.

17. W. Hassemer, *Grundlinie einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. Phillipps, H. Scholler (eds.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1989, pp. 85-94.

limitada à dimensão quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo), sem interferir na dimensão qualitativa, ou seja, no conceito da função instrumental do direito penal.

O fato de que se legitimem certos objetos de tutela enquanto que outros são excluídos deste tratamento, tendo por justificativa a “relevância penal” dos mesmos, deixa em aberto o tema da legitimação do direito penal baseado na sua qualidade instrumental. Contudo, por mais que seja louvável uma intervenção teórica e política voltada a reduzir quantitativamente os sistemas penais e a conter a sua tendência expansiva, o déficit de verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema não será jamais saneado pelos resultados qualitativos de tal intervenção.

A problemática da distinção entre os conceitos extra-sistemático e intra-sistemático de bem jurídico se complica ainda mais em razão da incerteza e fluidez dos limites que deveriam demarcar o “sistema”. Trata-se do direito penal “em sentido estrito” ou também do direito penal administrativo?

De um modo geral: deveríamos considerar um setor específico da ordem jurídica (o direito penal), ou a ordem jurídica em sua totalidade? E, se a consideração intra-sistemática se estende às normas constitucionais, limitar-se-á à constituição num sentido formal ou também compreenderá a constituição no sentido material? Vai se restringir à praxis interpretativa da constituição ou se antecipará, de forma dinâmica, às possíveis praxis interpretativas “do amanhã”? Se tomarmos em consideração estas interrogações, e se, além disso, considerarmos a dificuldade de se distinguir as fronteiras entre interpretações das normas constitucionais e construção de teorias sociológicas e políticas e entre princípios normativos da constituição positiva e princípios gerais de direi-

to, perceberemos facilmente que as construções intra-sistemática e extra-sistemática, antes de responder a duas esferas de operações limitadas entre si, são momentos de um *continuum* no qual sucedem passagens relativas. Neste transcurso, o que numa fase anterior era “extra-sistemático” passa na fase posterior a ser “intra-sistemático” e assim por diante.

A relatividade da distinção entre conceitos intra-sistemático e extra-sistemático dos bens jurídicos explica o modo inadequado através do qual os juristas, muitas vezes, tentam definir bens e interesses dignos de tutela independentemente do direito penal positivo, sem abandonar previamente a ótica “profissional” do penalista. O próprio programa da pesquisa, isto é, definir áreas de “negatividade social”¹⁸ sob a ótica do possível uso do instrumental do sistema de justiça criminal, representa uma reificação deste sistema e da negatividade social.

Desta forma, não se leva em consideração que a negatividade social e o sistema de controle são objetos de uma construção social e institucional que reflete a dinâmica dos conflitos e o seu deslocamento; a transformação do poder de definir dos atores envolvidos e das relações de poder entre eles.

Do ponto de vista epistemológico, essa reificação é derivada de uma inversão conceitual característica de “saberes” sociais separados, gerados no interior de setores especializados da função pública. Isto se verifica quando os juristas buscam definir quais são os conflitos ou problemas passíveis de serem enfrentados com o instrumental do sistema da justiça criminal, antes de definir os instrumentos (existentes nos diversos arsenais institucionais ou que ainda devem ser inventados) que são aptos a enfrentar determinados problemas ou conflitos.

18. V. nota 14.

O resultado é a reprodução ideológica e material do sistema punitivo e da distinção tradicional entre situações “relevantes” e “irrelevantes” para tal sistema. Neste último caso estaríamos diante de um outro tipo de raciocínio circular típico dos “saberes” sociais separados: deduz-se a denominada “fragmentação” do sistema penal da relevância de certas matérias e não de outras enquanto que a relevância de certas matérias se dá em razão de serem estas, e não outras, o objeto da intervenção deste sistema.

Derivam-se, assim, definições de interesses e bens dignos de tutela penal que são ou demasiadamente genéricas (a vida, a liberdade pessoal) ou demasiadamente específicas. Os resultados que até agora foram alcançados pelas pesquisas extra-sistemáticas sobre o bem jurídico e sobre a negatividade social têm sido modestos e inadequados às finalidades críticas e de política do direito a estas destinadas no âmbito das posições mais “progressistas” que encontramos na literatura.¹⁹ Isto pode ser interpretado como um sinal da escassa interdisciplinariedade e da parcialidade auto-reflexiva através da qual vem-se, salvo algumas exceções,²⁰ desenvolvendo a discussão sobre os bens jurídicos no interior da ciência penal.

Examinando esta discussão, existem fundamentos que nos permitem sustentar que o interesse específico fez perder de vista o caráter geral do conceito, que é relevante não apenas no campo do direito penal, mas também em todas as áreas do direito. A pretensão de que os

interesses protegidos penalmente possuem uma qualidade privilegiada em relação aos outros interesses, que são e podem vir a ser tutelados pelo direito, constitui-se num exemplo ulterior de argumentação circular. Em outras palavras, define-se o direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal.

Bens constitucionalmente relevantes, tais como a liberdade, a integridade pessoal, a honra, a saúde, ou o funcionamento dos órgãos do Estado e das instituições públicas, são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito. No entanto deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos do direito, concorrendo, e ora sendo preferido um ou outro ramo do direito, com as técnicas próprias e específicas de tutela. Por esta razão, a questão dos conteúdos da tutela colocada em termos de qualidade intrínseca dos bens jurídicos é afinal, uma questão tão impossível de se resolver que acaba por tornar-se vã.

Partindo de uma perspectiva epistemológica, uma pesquisa corretamente “extra-sistemática” sobre os “bens jurídicos”, ou melhor, sobre situações conflitivas ou problemáticas em que estes bens possam estar comprometidos deveria respeitar pelo menos duas condições. A primeira consiste em colocar provisoriamente “entre parênteses” — através de um procedimento de sustração ou de *epoché* metodológico — os conceitos de “delito” e de “pena”, e a existência do sistema de justiça criminal.²¹ A segunda condição seria consi-

19. Conclusões análogas a esta também são descritas por A. Balog, *Rechtsgüter*, ob. cit. pp. 56 e ss.

20. Dentre os estudos realizados sobre o bem jurídico que se caracterizam por sua interdisciplinaridade, merecem menção expressa devido a sua profundidade teórica e à originalidade que alcançam os estudos de W. Hassemer, *Theorie*, ob. cit. e K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, ob. cit.

21. Cf. a respeito minhas reflexões em “Principi del diritto penale minimo. Per una

derar entre as situações conflitivas e problemáticas, aquelas que se produzem pela intervenção do sistema de justiça criminal.²² Na realidade, a realização adequada de uma pesquisa “extra-sistemática” sobre a “negatividade social” requer uma ampla visão, e não se pode excluir a realidade institucional do objeto de análise, já que esta é, de acordo com a posição dos atores nos conflitos e a percepção destes, a sede da sua resolução, ou a sede da sua produção ou consumação.

Assim sendo, quando se fala em “referente material”²³ das definições de desvio e criminalidade, não se faz referência às qualidades ontológicas das situações e dos processos de controle, mas aos objetos, cujas qualidades são atribuídas pelos atores implicados nos conflitos; e que refletem a dinâmica dos conflitos e das relações de poder entre os atores. É também resultado de uma redefinição contínua das finalidades, dos objetos e dos limites do “controle social”.²⁴

Observadas tais condições epistemológicas, seria posteriormente oportuno realizarmos uma modificação terminoló-

gica, reservando o termo “bem jurídico” aos resultados das construções intra-sistemáticas e utilizarmos outro termo para o referente material construído no âmbito das operações extra-sistemáticas.²⁵

2. Sociedade de risco. Estado da prevenção e dinamização dos bens jurídicos. Dificuldades de uma utilização reducionista do conceito

Conforme já havíamos observado anteriormente, a distinção entre concepção defensiva e concepção promocional do bem jurídico perdeu uma boa parte do seu significado. Isto se deve, como já ficou demonstrado, à extensão da área da tutela penal aos interesses difusos ou seletivos (o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública etc.) e às funções da administração pública (como o sistema monetário, o sistema de economia, a atividade do Estado enquanto monopolista do mercado de trocas etc.). A própria estrutura destes bens jurídicos faz sim com que, nos seus confrontos, o conceito estático e defensivo dos bens jurídicos não possa prosseguir distinguindo-se claramente do conceito promocional.

O fenômeno geral, no qual se insere este desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico, pode ser indicado como a

teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”; in *Dei delitti e delle pene*, III, 1985, pp. 443-475 e ss.

22. Insiste particularmente sobre este ponto na sua análise crítica do sistema de justiça criminal, L. H. C. Hulsman, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, in H. Bianchi, R. Van Swaeningen (a cargo de) “Abolition — Toward a non-repressive Approach to crime” (Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition), Amsterdam, 1986, pp. 25-41; Cf. também L. H. C. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982.

23. Para uma tentativa de definir epistemologicamente tal conceito, cf. G. Baratta, “Forma giuridica e contenuto sociale: labelling approach”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 241-269.

24. Cf. T. Pitch, “Che cos’è il controllo sociale?”, in O. De Leonards e outros (a cargo de) *Curare e punire*, Milano, 1988, pp. 21-44.

25. Nos meus trabalhos, uso os termos “negatividade social” e/ou “situações problemáticas e conflitivas”. V. dentre outros, A. Baratta, “Problemi sociali e percezione della criminalità”, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1983, pp. 15-39; *Principi*, ob. cit. Cf. também as críticas formuladas contra um uso “indiscriminado” do conceito “problemas sociais” de H. Steinert, “Widersprüche. Kapitalstrategien und Widerstand oder Warum ich den Begriff ‘Soziale Probleme’ nicht mehr hören kann”, in *Kriminalsoziologische Bibliographie*, VIII, 82, pp. 56-88.

“administrativização” do direito penal. Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais-produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, juntamente com os códigos e também algumas leis de reformas destes mesmos códigos (pode-se tomar como exemplo os novos artigos de lei incorporados ao código alemão),²⁶ sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório. Como destaca Lascoumes,²⁷ isto significa que a disciplina penal intervém, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controle próprios da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding,²⁸ senão uma função administrativa pública.

Em segundo lugar o termo “Administrativização” indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos “clássicos” da lei (abstração e generalidade). Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de adminis-

tração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de “emergências” concretas.²⁹ Ao mesmo tempo, tal como destacam Stortoni e outros,³⁰ expande-se a esfera de competência e discricionariedade da magistratura; as decisões judiciais tendem a assumir um caráter programático e “político” semelhante às leis.

Este fenômeno, que pode ser denominado de “direito penal jurisprudencial”, encontra respaldo, em primeiro lugar, na técnica legislativa empregada na formulação das leis (uso de conceitos indeterminados, de elementos normativos, de cláusulas genéricas). Esta técnica é o instrumento pelo qual o legislador — como freqüentemente ocorre devido à fragilidade do equilíbrio das maiorias parlamentares e dos governos de coalisão — procura transferir para as decisões judiciais a responsabilidade política que ele não pode ou não quer assumir com as decisões “programáticas” que lhe corresponderiam (mas esperando do juiz as decisões “programadas” dos casos individuais).

Em segundo lugar, destacaríamos que a consolidação de um direito penal jurisprudencial provém de transformações na estrutura e na função da magistratura, de uma expansão quase autógena de sua discricionariedade que se manifesta ao assumir-se a gestão política dos conflitos. Estas mudanças, que recentemente chamaram à atenção dos estudiosos na Itália, correspondem às que intervêm nas relações entre poder

26. Cf. H. P. Sander, *Umweltstraft — und Ordnungswidrigkeitenrechts mit Einführung zu allgemeinen Fragen des Straft —, Ordnungswidrigkeiten — und Verfahrensrechts*, Berlin, 1981.

27. Cf. F. Lascoumes, “Sanction des fautes en question des illegalismes. Un exemple, la repression de la fraude fiscal”, in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, X, 1983, pp. 125-156.

28. K. Binding, *Die Normen*, ob. cit., pp. 35 e ss.

29. Com relação a este fenômeno, cf. as observações críticas de W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985.

30. Refiro-me às atas ainda não publicadas de um seminário sobre “Il diritto penale giurisprudenziale degli anni 80”, realizado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Trento em maio de 1988.

jurisdicional e outros poderes, entre magistratura e sociedade, e na interação comunicativa entre juizes, a opinião pública e “publicada”.³¹

Em ambos os casos nos encontramos frente a fenômenos complementares que contribuem para o que se definiu como a designação e/ou reconhecimento por parte da magistratura de uma “função de suplência” nas relações do poder legislativo e executivo.³² Para que se possam compreender tais fenômenos a partir de suas raízes histórico-políticas é necessário abandonar o campo específico da justiça penal e ter em mente as transformações que interferem na realidade global do Estado contemporâneo.

Recentemente Denninger³³ nos apresentou um quadro analítico bastante útil para a compreensão desta transformação da estrutura política e, através desta, das transformações em curso nos sistemas penais das sociedades industriais avançadas. Este autor analisa a transformação do Estado num “Estado de prevenção”. Em confronto com o modelo liberal clássico, esta transformação significa que a “segurança dos bens jurídicos” tende a prevalecer (pelo menos do ponto de vista das funções declaradas) sobre a segurança ou a “certeza” do direito. No sentido da expressão utilizada por Hirsch, o Estado preventivo é, portanto, o “Estado da segurança”.³⁴

31. Nota do tradutor: Com esta expressão “publicada”, o autor se refere às informações que os meios de comunicação (mass media) divulgam como sendo a “opinião do público” com relação a um determinado tema. Porém, nem sempre a “opinião publicada” corresponde à “opinião pública”.

32. Cf. A Gamberini e outros, “Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale”, in *Il Foro Italiano*, 1987, parte V, col. 34-40.

33. E. Denninger, “Der Präventions-Staat”, in *Kritische Justiz*, XXI, 1988, pp. 1-15.

34. J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat. Das “Modell Deutschland” und seine soziale Bewegung*, Frankfurt, 1980.

O “Estado da segurança” seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Neste sentido, O “Estado da segurança” seria a forma política que assume a “sociedade de risco”, como definiu Beck nossa sociedade.³⁵

Em termos mais concisos, poderia-se afirmar que o “Estado da prevenção” ou o “Estado da segurança” é aquele onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural.

Isto explicaria o fato do legislador “delegar” parte de seus poderes decisórios à administração e à justiça; explicaria também o fenômeno estudado por Denninger sob o título de “dinamização dos bens jurídicos”.³⁶ Dinamização dos bens jurídicos possui pelo menos dois significados. O primeiro se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade com relação à produção e à proteção de bens jurídicos. Basta lembrar que no modelo do Estado liberal clássico, o “Estado de certeza do direito” e os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas. No “Estado da Prevenção” os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, “bens” produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.

O “Estado da prevenção” é quem assume a distribuição dos bens produzidos na sociedade civil, o controle de sua produção e ainda a administração

35. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

36. E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, ob. cit. p. 7.

dos riscos que a acompanha.³⁷ A “administrativização” do direito penal, no sentido da predisposição das normas e decisões penais a tornarem-se acessórios às normas e às funções administrativas, é portanto um aspecto de um processo de “administrativização” geral do Estado. O Estado, como garantidor da certeza do direito (ou seja, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos), transforma-se em responsável da segurança dos bens, administrador dos riscos vinculados à produção destes e dos conflitos que os acompanham.

Em segundo lugar, a transformação dos sistemas penais, indicado pelo termo “dinamização dos bens jurídicos” se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado. Foram estudadas as formas nas quais esta tendência se manifesta, o que, em parte, foi motivado pela resposta de alguns sistemas punitivos à ação terrorista e depois devido às “novas emergências”.³⁸ Basta apenas lembrar a recente

discussão sobre os tipos de perigo abstrato,³⁹ sobre os delitos de associação e também sobre as figuras de responsabilidade penal “por suspeita”, utilizando aqui uma terminologia empregada por Ferrajoli na análise de certos aspectos da legislação antiterrorista na Itália.⁴⁰

A antecipação da esfera da punibilidade e a aceitação que ela encontra na opinião pública indicam também uma tendência de desenvolvimento em direção a uma nova forma de “personalização” da antijuridicidade que se distingue pela maior relevância dos “elementos subjetivos” dos tipos penais,⁴¹ por um maior emprego de elementos normativos na sua formulação, por uma tendência do direito penal em controlar não só a conduta do sujeito, mas também sua fidelidade ao ordenamento e ao “Estado”.⁴² Trata-se de aspectos do que globalmente pode ser considerado como um deslocamento do conceito de antijuridicidade e das técnicas de imputação de responsabilidade penal das características da ação à característica do autor.⁴³

37. E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, ob. cit. pp. 10 e ss.

38. Cf. entre a extensa literatura acerca do impacto da “emergência terrorista” no sistema do direito penal AA.VV., “Terrorismo e stato della crisi”, fascículo especial de *La questione criminale*, V, 1979; F. Bricola, “Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70”, in *La questione criminale*, VI, 1980, pp. 179-275; L. Ferrajoli, “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 271-292; e sobre a emergência mafiosa e da criminalidade organizada em geral: A. Gamberini, “Lotta al crimine organizzato e cicloni processuali. Riconoscibilità dell'intervento giudiziario e praticabilità della funzione difensiva”, in *Dei delitti e delle pene*, IV, 1986, pp. 63-74.

39. G. Fiandaca, “La tipizzazione del reato”, in *Dei delitti e delle pene*, III, 1984, pp. 441-472.

40. L. Ferrajoli, “Emergenza penale ...”, ob. cit.

41. Cf. para uma interpretação “garantista” da subjetivização da figura do delito G. Bettiol, “Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, pp. 3 e ss.

42. A crítica, em particular à legislação sobre os “arrepêndidos” do terrorismo e a da máfia, denuncia veementemente a contribuição destas disciplinas à transformação geral do sistema penal italiano no sentido indicado no texto. Neste sentido se pode consultar entre outros: L. Ferrajoli, “Emergenza penale ...”, ob. cit.; T. Padovani, “La soave inquisizione” in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981; E. Resta, “Il diritto penale premiale. Nuove strategie di controllo sociale”, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1983, pp. 41-70.

43. Na realidade, tal como indica o resultado de diversas investigações sociológicas sobre a

Jakobs interpreta essas tendências⁴⁴ como uma mudança de uma concepção liberal do direito penal “orientado ao cidadão”, para uma concepção *autoritária* de um direito penal “orientado ao inimigo”. Neste caso, a imputação da responsabilidade penal não toma como ponto de referência o cidadão dotado de uma esfera de direitos e de um espaço de liberdade interior subtraídos do controle do Estado, mas sim um indivíduo que é concebido como fonte de perigo para os bens jurídicos a proteger-se, como “inimigo” potencial. É possível então compreender como podem ser abandonados os limites objetivos do comportamento, como o controle penal

influência dos estereótipos e das teorias do “cotidiano” (*every day theories*), ou do “senso comum” sobre os processos de aplicação das normas penais e em particular sobre os de imputação da responsabilidade penal, estes processos interpretativos são guiados por uma “cartilha” (*second code*) na qual adquirem relevância, sobretudo, os critérios subjetivos de adjudicação da responsabilidade independentemente das formulações mais ou menos “objetivas” do tipo normativo. Cf. David Sudnow, “Normal crimes. Sociological Features of the Penal Code”, in Earl Rubington, Martin S. Weinberg (a cargo de) *Deviance. The international Perspective*, New York & London 1968, pp. 158-169; Karl Dieter Opp, “Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß”, in *Kritische Justiz*, 3, 1970, pp. 383 e ss. H. Laurence Ross, *Traffic Sociology and the stereotype of the Criminal*, London, New York, Sidney, Toronto, 1968; Rudiger Lautmann, *Justiz — Die stille Gewalt*, Frankfurt a. M., 1972; Dorothea Peters, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973; Gerlinda Smaus, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Opladen, 1989; Claudia Schönborn, Gabriele Fröhlich, Waldemar Lill, “Der Prozeß der Kateogrisierung einer Person als Krimineller. Eine experimentelle Untersuchung”, in *Kirminologisches Journal*, 3, 1978, pp. 229-238.

44. G. Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung” in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCVII, 1985, pp. 775-785.

pode penetrar também na esfera das intenções e das opiniões. Igualmente o princípio “*cogitationis poenam nemo patitur*” não está mais fora de cogitação, conclui Jakobs.

Para propiciar um instrumento técnico de análise dos problemas relativos a esta matéria, Jakobs, que toma uma posição em favor do direito penal “orientado ao cidadão”, propõe distinguir entre a tutela antecipada dos bens jurídicos e a antecipação dos bens jurídicos para fins da tutela. Neste segundo caso a norma penal não protege antecipadamente o bem jurídico “principal” (como sucede no primeiro caso, que tem sido até agora o mais estudado). Ao contrário, protegeria um “fragmento” dele (bem jurídico instrumental), que constitui um momento funcional. Jakobs dedica especial atenção a esta forma de antecipação: nela o ilícito não se basearia, tal como no caso da tutela antecipada dos bens jurídicos, no fato de colocar-se em perigo a norma que os protege (pensemos, por exemplo, na responsabilidade por tentativa), senão no fato de colocar-se em perigo uma norma subsidiária que protege a norma principal. Trataria-se, neste sentido, de um ilícito parcial.

De acordo com Jakobs, o bem jurídico parcial protegido pela norma subsidiária seria a validade da norma principal. Esta validade se refere a terceiros excluindo assim tanto o autor como a vítima em potencial. Em outras palavras, trata-se da segurança cognitiva dos co-associados, de sua confiança na norma principal.⁴⁵ Diferentemente da transgressão da norma principal que representa um atentado direto e imediato contra a sua validade, nestes casos trata-se de um atentado indireto. Jakobs estuda sob este aspecto uma série de figuras delitivas do código penal alemão (StGB) conhecidas sob o rótulo de “perturbação da paz pública” e de “perturbação do clima

45. Ibidem, p. 775.

social". Num direito penal orientado ao cidadão, quais seriam os atentados indiretos contra a validade da norma principal que poderiam constituir-se em hipóteses criminosas, pergunta-se o autor.

A crítica deste autor se estende à maior parte dos tipos penais que pertencem às categorias supracitadas.⁴⁶ Não são compatíveis com um direito penal orientado ao cidadão, em particular: apologia do crime (§140 StGB); instigar a população à revolta (§130 StGB); incitação ao racismo (§ 131 StGB); apologia da violência (§ 132 StGB). Em compensação, no caso da ameaça da prática ações delitivas (§126, §241 StGB), o prejuízo sofrido pela confiança na norma principal poderia em tal direito ser considerado relevante. De modo diverso do que ocorre neste tipo, nas normas supracitadas castiga-se sobretudo a expressão de opiniões ou sentimentos, ou seja há uma desaprovação do ordenamento jurídico, sem considerar que a confiança na norma principal já encontra uma proteção natural na capacidade de juízo que deveria ser reconhecida em terceiros. Somente o reconhecimento de uma situação de emergência poderia justificar a imposição feita ao autor, do sacrifício de parte da sua própria esfera de direito; mas essa legitimação, conclui Jakobs, equivaleria a uma declaração de falência do ordenamento jurídico liberal.

A tendência de expansão dos sistemas punitivos para uma tutela de bens jurídicos difusos e de funções, e a uma progressiva antecipação da esfera de tutela são dois fenômenos estritamente complementares. É a própria estrutura dos interesses difusos e das funções, enquanto se assumem como objeto de tutela penal, a que favorece a adoção de formas de tutela antecipada, de incriminação por perigo abstrato, ou por ofensa de bens jurídicos "instrumentais" no sentido in-

dicado por Jakobs. Por outro lado, a lógica do risco e da emergência implica não só a "extensão", mas também a "administrativização" do direito penal, e vai de encontro à linha de tendência do sistema político analisada por Denninger. A consequência é a diminuição do status de cidadão de todos os sujeitos compreendidos pela administração da justiça criminal: autores, vítimas e terceiros.

É possível e útil confrontar a linha de expansão do sistemas penais, como estratégia de crítica e de contenção, com uma teoria extra-sistemática reducionista das áreas de tutela legítima num direito penal liberal ou "orientado ao cidadão"? As tentativas que mencionamos de Hassemer e de Jakobs possuem, no meu ponto de vista, três dificuldades principais, que em seguida passamos a expor.

A primeira é de caráter histórico. Sabemos que até hoje o conceito de bem jurídico tem sido usado principalmente num sentido extensivo e não num sentido restritivo. Até recentemente, a extensão da tutela penal dos direitos individuais aos interesses difusos — em particular os dos consumidores e o interesse da coletividade na defesa da ecologia — era uma bandeira das correntes progressistas na ciência do direito penal.⁴⁷ Além disso, pode-se ver pelo menos até os anos setenta uma convergência no programa expansionista de correntes progressistas e conservadoras, que acompanha todo este âmbito de desenvolvimento da doutrina dos bens jurídicos.

Na realidade, já a partir da célebre crítica feita por Birnbaum à construção "individualista" do bem jurídico realizada por Feuerbach,⁴⁸ a história deste conceito tem sido a história da progres-

47. Pense-se no interessante ensaio de F. Gubbi, "Tutela penale di interessi diffusi", in *La questione criminale*, 3, 1975, pp. 439 e ss.

48. J. M. F. Birnbaum, "Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", in *Archiv des Kriminalrechts*, N. F., XV, 1834, pp. 149 e ss.

46. Ibidem, pp. 775 e ss.

siva extensão da tutela penal da esfera dos direitos das pessoas aos interesses difusos e às funções. É a ela que tem correspondido exatamente a história das técnicas de imputação com a tendência a antecipar a esfera da punibilidade.

Nas correntes progressistas, as posições restritivas sobre o tema dos bens jurídicos são geralmente posições minoritárias. Se hoje se notam nestas correntes sinais de uma maior advertência com relação aos problemas criados pelo desenvolvimento expansionista dos sistemas punitivos, isto se deve também às lições que muitos tiraram da involução dos sistemas penais por obra das legislações antiterroristas. É muito improvável que se produza uma inversão da tendência dos sistemas punitivos através de redefinições do conceito de bem jurídico.

A segunda dificuldade já é de caráter normativo. É fácil verificar o vício das argumentações que pretendem que se derive do reconhecimento de valores e interesses na constituição a *obrigação* do legislador de prover-lhes uma tutela penal. Não existem bens jurídicos reconhecidos na constituição que *por sua própria natureza* imponham que nela se estabeleça uma norma tácita que tenha por objeto uma obrigação deste tipo.⁴⁹ Mas se pode dizer que o contrário também é correto. Não é nada fácil, para aqueles que querem fazer derivar da natureza dos bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos, e da sua posição hierárquica dentro do sistema constitucional de valores, uma proibição de

criminalizar as condutas que ofendem ou colocam em situação de perigo tais bens jurídicos.

A terceira dificuldade, e talvez a principal delas, é de natureza epistemológica. Justamente a ela me referia anteriormente quando expressava minhas dúvidas sobre o caráter “extra-sistemático” de um referente material construído sob a ótica do sistema punitivo, como aquele provido pela teoria penal dos bens jurídicos. Um discurso crítico sobre os bens jurídicos não pode ser somente um discurso relativamente extra-sistemático; decididamente ele deve posicionar-se externamente ao sistema penal e à lógica da sua legitimação instrumental.

3. A crise da legitimação instrumental da função punitiva. Teoria da Prevenção especial negativa e do neo-retribucionismo nos Estados Unidos

No meu ponto de vista, assistimos hoje a uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos. A função de prevenção especial positiva (ressocialização do infrator), que foi a base dos programas de reabilitação nos Estados Unidos e na Europa nos anos setenta, pode ser considerada hoje como uma hipótese refutada pelos programas de pesquisa de controle.⁵⁰ A função de prevenção geral negativa

49. Ao contrário, a queixa com relação à observação dos ditames constitucionais em matéria penal representa uma estratégia importante dentro de um discurso crítico de direito penal positivo dirigido a reduzir drasticamente a área de intervenção. Pode-se consultar, como exemplo particularmente significativo: F. Bricola, “Teoria generale del reato”, voz do *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1972, pp. 8-93.

50. Cf. dentre outros, D. Liptar, R. Martinsen, J. Wilks, *The Effectiveness of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies*, N. Y. 1975; L. B. Sechrest, S. O. White, E. D. Brown (a cargo de) *The Rehabilitation of criminal offenders: problems and prospects*, Washington, 1979; S. E. Martin, L. B. Sechrest, R. Redner (a cargo de) *New directions in the rehabilitation of criminal offenders*, Washington, 1981. Não obstante, na literatura o juízo negativo sobre o fracasso do tratamento não é tão determinante como nos leva a crer o texto. Na verdade, modificando os critérios de leitura dos dados empíricos, como no caso da reinci-

(objetiva a dissuasão dos potenciais infratores), na qual se baseia grande parte do consenso que ainda goza o sistema penal no sentido comum pode ser considerada, por sua vez uma hipótese empiricamente não verificada e impossível de sê-lo. A função da prevenção geral negativa é hoje sustentada, especialmente nos Estados Unidos, em duas formas alternativas ou complementen-

dência por exemplo, obteve-se um juízo menos negativo com relação aos resultados dos programas de ressocialização, sobretudo revalorizando os efeitos da "intimidação específica", mais devido aos métodos de tratamento do que aos métodos de verdadeira ressocialização. Cf. como exemplo: J. C. Wilson, "What works? Revisited: New definings on criminal rehabilitation", in *The public interest*, 61, 1981, pp. 3-17. Na realidade, a contradição entre os juízos negativos precedentes e os sucessivos é mais aparente do que real porque os juízos têm objetos diversos. Num primeiro momento, mediram-se os efeitos da reabilitação dos "community treatment", outras formas menos severas de detenção, depois os efeitos intimidadores de formas rigorosas de detenção. A filosofia que se toma por base para estas novas valorações consiste em que as técnicas de reabilitação são relativamente eficazes para os indivíduos passíveis de "cura" ou então "tratáveis", enquanto que para os "curáveis" e "não tratáveis" são ineficazes. Com relação a estes últimos, tem um bom efeito um tratamento de custódia rigoroso; quer dizer, uma "intimidação específica" (ver a literatura do referido artigo de Wilson). Assim, de alguma forma, as cifras regridem, os curáveis devem ser curados, os incuráveis, ou seja os sujeitos realmente perigosos (ver o trabalho de T. Pitch e os estudos de O. de Leonardis, anteriormente citados) devem ser "incapacitados" tanto na forma da "intimidação específica" como na de "neutralização". A partir daqui abriu-se uma grande e articulada discussão metodológica sobre os programas de pesquisa de controle das formas de tratamento. Para um quadro geral introdutório desta problemática, ver: H. Kury, *Zur Methodendiskussion in der Behandlungsforschung*, in *Methodische Probleme der Behandlungsforschung — insbesondere in der Sozialtherapie*, organizado por H. Kury et al., Köln, 1983; pp. 27-80.

tárias: a "neutralização" do infrator (*incapacitation*) e a "intimidação específica" (*specific deterrence*).

Enquanto continua em aberto a discussão sobre o grau de verificação empírica, ambas as formas podem ser consideradas, com relação ao discurso axiológico, como duas variantes de uma ideologia tecnocrática do direito, incompatível com o princípio de dignidade da pessoa humana, considerada como um fim em si mesmo, e com uma visão que atribui ao homem, antes que ao "sistema", a prioridade na escala dos valores.⁵¹

No que se refere à verificação empírica da teoria da prevenção especial negativa, esta não é refutável da mesma forma que são as outras duas teorias instrumentais da pena. Em todas as teorias instrumentais a função útil da pena é a defesa dos bens jurídicos e da sociedade. Isso significa: o controle dos comportamentos delituosos deveria manifestar, na prática, uma *relevante* diminuição do seu número. Por sua vez, este fim útil seria alcançado através da realização das funções específicas imediatas que estão no centro das diversas teorias.

No caso da teoria da ressocialização, alcançaria-se este fim "transformando" o condenado de tal maneira que ele se torne um sujeito "apto para uma vida em liberdade sem delitos"⁵² A função imediata é essa transformação do infrator. Já no caso da teoria da intimidação geral (prevenção geral), a ênfase já não recai sobre o infrator em si. Aqui a

51. Cf. A. Baratta, "La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica", in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 5-30; Gerlinda Smaus, "Technokratische Legitimierungen des Strafrechts", in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, VI, 1985, pp. 90-103.

52. Assim consta na formulação da vigente lei penitenciária da República Federal Alemã.

defesa social se realiza criando, através da ameaça da pena e/ou do espetáculo (oculto) de sua aplicação, uma contra motivação que atinja aqueles delinquentes potenciais, neutralizando assim sua possível tendência à prática delitiva. Em outras palavras, é uma teoria pensada para aqueles indivíduos que, apesar de não serem delinquentes, pode-se supor que não tenham suficientemente projetado uma atitude espontânea de lealdade à ordem jurídica. Assim, a função imediata é a contra motivação. Por último, no caso da teoria da prevenção especial negativa, o fim almejado se alcançaria transformando definitiva ou temporariamente o autor de uma infração delitiva em um ser incapaz de cometer outros delitos (neutralização), seja com a destruição física ou psíquica do indivíduo, seja com uma prisão de máxima segurança, com intervenções cirúrgicas ou com formas atualmente já experimentadas de controle eletrônico em liberdade, ou então produzindo no infrator, através de um tratamento muito severo, uma contra motivação para cometer outras infrações (intimidação específica).

Excluindo as dificuldades axiológicas que se referem à legitimação, e sobre a qual não me deterei no seu exame, a crise das duas primeiras teorias instrumentais se deve, em parte, à maneira incorreta ou à falta de verificação de suas bases empíricas, ou seja, à realização das funções imediatas respectivamente assumidas. A falta de evidência empírica para a realização de tais funções numa medida estatisticamente significativa fez com que surgissem dúvidas sobre a possibilidade de alcançar a finalidade mediata: a tutela dos bens jurídicos e a defesa social.

Até agora, esta falta de verificação não parece ter afetado a base empírica da teoria da prevenção especial negativa. A realização das funções imediatas não só é aceita pelo "sentido comum"

como evidente, como também não encontrou até hoje sérias dificuldades de verificação científica. De fato, com relação à hipótese da neutralização, os programas de controle empírico não chegaram a um nível comparável ao obtido com relação a outras teorias utilitárias e, por isto, a hipótese não é considerada falsa e nem improvável. Já com relação à hipótese da intimidação específica, algumas pesquisas de controle nas quais foram utilizadas novas metodologias estatísticas, forneceram-nos dados parciais possivelmente comprováveis.⁵³ Isto explica porque a teoria da prevenção especial negativa teria se transformado atualmente nos EUA na última fronteira de resistência da concepção instrumental do direito penal.

Contudo, já existem sinais de vulnerabilidade desta fronteira, e diversas considerações apontam dúvidas quanto à base empírica desta teoria. Limite-me a indicar a principal delas: pode-se observar que a realização da finalidade mediata é muito menos "evidente" neste caso do que parece ser a realização dos efeitos imediatos. Também é preciso considerar, para avaliar a relevância destes efeitos para a tutela dos bens jurídicos e da defesa social, o alto grau de seletividade dos sistemas punitivos no "recrutamento" da sua clientela potencial. Como já se sabe, a impunidade não é a exceção, senão a regra no sistema da justiça criminal.⁵⁴ A porcentagem de infratores que são ou podem ser dissuadidos ou neutralizados (na maioria dos casos isto só se dá temporariamente), com a intervenção da justiça criminal, é tão baixa que é válido perguntar se ela é significativa, também com relação aos custos sociais produzidos por sua intervenção.

53. Cf. J. G. Wilson, "What works? ...", ob. cit. (V. tb. nota 55).

54. Cf. L. H. C. Hulsman, *Critical Criminology*, ob. cit.

A questão é também crucial para a teoria quando se tem em conta que o funcionamento seletivo do sistema de justiça penal não depende somente da discrepância entre os programas de ação (as normas penais) e os recursos colocados à disposição no sistema para sua implementação,⁵⁵ senão também como de outras variáveis estruturais, como a especificidade das infrações e as conotações sociais dos autores "típicos" delas.⁵⁶ Com relação à população carcerária, sabemos que se subestimam algumas das infrações que causam os mais graves danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios praticados pelos órgãos públicos) enquanto que se dá muito valor a infrações que causam menos dano social, tais como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles em que o autor da infração é originário das camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade.⁵⁷

No entanto, a dificuldade fundamental que apresenta esta teoria da pena é

porém, de caráter axiológico. Esta, de fato, se vê obrigada a justificar a limitação dos direitos e o sofrimento imposto ao condenado utilizando razões instrumentais; contudo, isto equivale a negar a qualidade de pessoa humana do sujeito e considerá-lo como um objeto. Talvez seja justamente por causa desta dificuldade axiológica que haja ocorrido nos EUA uma retomada da concepção "retribuidora" ou "absoluta" da pena, simultaneamente à consolidação desta teoria. O liame sutil que ainda existe entre a teoria da pena "útil" e a teoria da pena "justa" no âmbito da própria orientação "neoclássica" do atual pensamento penal norte-americano,⁵⁸ apesar das suas diversidades (a primeira delas se refere à teoria da função instrumental, a segunda a uma teoria da função simbólica da pena), tem uma razão profunda. O princípio metafísico da justiça é uma espécie de compensação do pragmatismo cínico que caracteriza a teoria da prevenção especial negativa. Trata-se de uma combinação de apelo retórico aos valores e razão instrumental típica da cultura "oficial" dos EUA no período do governo de Ronald Reagan.

Contudo, a coexistência com o neo-retribucionismo não se constitui num símbolo de força, ao contrário, constitui-se num símbolo de fragilidade e até da crise potencial da concepção instrumental do direito penal nos EUA. Na realidade, as teorias das penas justas representam, dentro do pensamento neoclás-

55. Cf. A. Baratta, *Il diritto penale*, ob. cit.

56. Cf. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, ob. cit. Também do mesmo autor: "Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato del scienzia penalistica", in *La questione criminale*, V, 1979, pp. 147-183.

57. No curso da recente discussão sobre o controle social e médico tem-se reforçado a hipótese de que o sistema penal (carcerário) apresenta uma tendência a desenvolver-se como um sistema especializado de controle para os indivíduos "perigosos", e que, diferentemente do modelo positivista, "periculosidade" é a característica dos indivíduos dotados não de uma menor, senão de uma maior "subjetividade", quer dizer, de uma capacidade de controle dos próprios atos e das mais amplas alternativas comportamentais. Segundo esta hipótese, é sobretudo a subjetividade e não o mero comportamento negativo que determina o "recrutamento" na "população criminal" na que devem ser "incapacitada", porque ela é potencialmente rebelde com relação à normativa vigente e ao atual projeto de "normalização". Sobre este tema, v. T. Pitch, ob. cit.

58. Cf. A. V. Hirsch, *Doing Justice. The choice of punishment. Report of the committee for the study of incarceration*, N. Y., 1976; para uma valoração crítica do pensamento "neoclássico" americano e ulteriores referências bibliográficas, veja-se em geral Th. Weigend, "Neoklassizismus" — ein transatlantisches Mibverständnis, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCIV, 1982, pp. 801-814 e N. Christie, "Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus", in *Kriminologisches Journal*, 16, 1983, pp. 14-33.

sico, o “núcleo forte” que tendem a projetá-lo para além dessa concepção, direcionando-o a uma visão simbólica na qual o controle do delito, a proteção dos bens jurídicos e a defesa social não são a finalidade principal da pena. É provável que estejamos hoje assistindo nos Estados Unidos à última ilusão do utilitarismo penal destinada também a desaparecer com o “ocaso” da prevenção, ou mais precisamente, com sua concepção instrumental.

4. Legitimação simbólica da função punitiva e tecnocracia. A teoria da prevenção geral positiva na Europa

A transferência de funções instrumentais da pena para funções simbólicas, nos Estados Unidos, parece ocorrer muito mais na prática do sistema punitivo do que na teoria. Na Europa ocidental, esta situação se dá de modo diverso. Aqui vemos que a transferência da função da pena a nível teórico parece antecipar-se no confronto da práxis. É justamente na práxis do sistema que se têm utilizado políticas de neutralização e de dissuasão específicas, sobretudo com relação às formas de desvio caracterizadas por uma maior subjetividade e rebelião à ordem constituída: primeiramente a violência política e o terrorismo de esquerda, as novas “classes perigosas”, e posteriormente aquilo que podemos definir como os “marginais por convicção”, grupos refratários às regras impostas pelo projeto de normalização conservadora hoje em curso. A teoria, em grande parte, limitou-se a registrar esta tendência, freqüentemente com reservas e críticas. Nela, concomitantemente ao declínio das concepções instrumentais da prevenção, observa-se um novo interesse com relação às funções simbólicas sobre as quais eram baseadas as clássicas teorias “declaratórias” da pena, a partir de Émile Durkheim, e que agora são outra vez propostas no âmbito da teoria

da “prevenção geral positiva” ou “prevenção-integração”, principalmente na Alemanha.

Segundo esta teoria, a função da pena não se dirige nem aos infratores atuais nem os potenciais. Ela se dirige sobretudo aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência “espontânea” a respeitá-la. Em relação a estes, a previsão ou aplicação das penas não têm a função de prevenir delitos (prevenção negativa), senão a de reforçar a validade das normas (prevenção positiva): isto significa também restabelecer a “confiança institucional”⁵⁹ no ordenamento, quebrada pela percepção do desvio. Um dos principais representantes desta teoria define o fim da pena como o “exercitar os cidadãos para a validade da norma”,⁶⁰ fórmula esta que não se encontra muito longe daquela proposta por Andenaes, que falava da “educação” dos cidadãos de acordo com as leis.⁶¹

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim sendo, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais. Sob este ponto de vista, o direito penal não é tanto um instrumento de imposição da “moral dominante”, senão

59. G. Jakobs, *Strafrecht — Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, Berlin, New York, 1983.

60. Ibidem.

61. Johannes Andenaes, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Enarbort, 1974.

um meio eficaz de representação (simbólica) desta.⁶²

As novas concepções da função simbólica do direito penal representam posições da teoria mais avançadas do que a práxis, já que destacam, dão crédito e em parte antecipam a linha de tendência do desenvolvimento real do sistema punitivo. Sua eficácia é estudada, de fato, segundo estas teorias, considerando-o não tanto como um sistema de produção de segurança real dos bens jurídicos, mas sim como instrumento de resposta simbólica à exigência de pena⁶³ e segurança⁶⁴ por parte do "público" da política.

Mas isto corresponde ao que acontece na realidade da política criminal e da política em geral, quando nesta a "comunicação política de base" entre cidadãos e seus representantes, ou seja a democracia é substituída pela comunicação entre políticos e seu "público", ou seja, pela tecnocracia. Quando isto acontece, a política parece, cada vez mais, um "espetáculo". Na verdade, na "política como espetáculo" as decisões são tomadas não tanto visando modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada "opinião pública."⁶⁵

62. Cf. H. Steinert, "Morale del lavoro e indignazione morale: storia del controllo sociale, ovvero storia delle strategie del capitale", in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 213-240.

63. Cf. B. Haffke, "Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine Strafrechtstheoretische Untersuchung", in *Goldhammers Archiv für Strafrecht*, VII, 1976, pp. 33-57. Cf. sobre a teoria da integração-prevenção da pena e sua crítica, ver: A. Baratta "La teoria della integrazione-prevenzione" ob. cit.

64. Cf. G. Jakobs, *Strafrecht*, ob. cit.

65. Cf. A. Baratta, "Introduzione a una sociologia della droga", in *Inchiesta*, XVIII, 79-80, 1988, pp. 79-89.

A relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal tornou-se, pelas razões aqui descritas, um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais. Esta relação torna-se cada vez mais problemática e contraditória. As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível: pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito.

Tendo em mente um modelo de direito penal racional, caracterizado por um equilíbrio satisfatório entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais, Hassemer analisou criticamente a atual tendência do desenvolvimento dos sistemas punitivos denunciando a perda desse equilíbrio. Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais.⁶⁶ A contradição também denunciada por Hassemer é principalmente a que se estabelece entre o que o legislador declara objetivar (v. os prólogos dos projetos de lei) e o que ele realmente visa, ou o que o sistema efetivamente realiza.

66. Cf. a conferência de W. Hassemer (ainda não publicada), nas "Jornadas de Direito penal", realizadas na "Universidade Autônoma de Barcelona", Bellaterra, em maio de 1989.

No caso em que se produza uma discrepância consciente entre finalidade “perseguida” e finalidade declarada, Hassemer fala da maneira como o legislador engana o cidadão. Mas esta situação não é só uma situação de “engano” por parte do legislador contra o público. Chama sempre mais à atenção, nos últimos tempos, a distância que se cria entre as aquisições científicas relativas às reais possibilidades da ação instrumental do sistema da justiça criminal e os centros das decisões políticas do legislador.

Trata-se de um problema geral que se refere à própria estrutura do sistema de representação política na sociedade industrial avançada e às relações de comunicação entre todos os atores implicados: “políticos”, publicistas, expertos e público.

São criados “círculos fechados” nos quais se estabiliza não uma visão realista, mas sim uma visão deformada dos problemas e das incidências que sobre eles possa ter o sistema punitivo.⁶⁷ O “engano” do qual nos fala Hassemer, não é tanto um complô de “políticos” para colocar em “xeque” seu público, mas sobretudo a expressão do colapso em que se encontra o sistema decisório representativo devido às disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade.

A perda do equilíbrio entre funções simbólicas e funções instrumentais no sistema da justiça criminal (supondo que este equilíbrio tenha de fato existido) significa também que as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos. A crise da prevenção, da função instrumental da justiça penal, também indica o seguinte fenômeno: não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados problemas e conflitos que ao

atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública”.

5. CONCLUSÃO. A organização da defesa dos bens jurídicos no Estado democrático de direito. Alternativas à política penal e o uso alternativo do direito penal

A escola clássica e a escola assim chamada “social” do direito penal estão na origem de uma relação funcional entre a concepção utilitária da norma penal e a concepção do direito como garantia do delinqüente (a Magna Carta de von Listz) e do cidadão que ainda não está ultrapassada. Reconhecendo a função instrumental da norma punitiva, a escola clássica e a escola social acreditavam ser possível determinar na utilidade e na necessidade da incriminação o limite do *ius puniendi* do Estado e o fundamento da pena justa. Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional e sua “função latente”, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela)⁶⁸ e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade.⁶⁹

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios

68. Cf. A. Baratta, *Problemi sociali e percezione della criminalità*, ob. cit.

69. Cf. A. Baratta, *Criminologia critica...* ob. cit., em particular, veja-se o cap. XIV “Carcere e marginalità sociale” pp. 185 e ss.

67. Cf. A. Baratta, “Introduzione...” ob. cit.

“garantistas”: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política “alternativa” com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas “simbólicas” oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo este tempo, o “uso alternativo do direito penal” significará usar o *direito* como *instrumento* para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena.⁷⁰

70. A dupla estratégia, reducionista e substitutiva (neste sentido também se poderia chamar de “abolicionista”), que sustento no meu artigo “Principi del diritto penale minimo”, ob. cit. — ao qual me refiro nesta nota conclusiva — deriva da afluência de juízos de fatos, análises de valores e hipóteses políticas.

Os *juízos de fatos* referem-se à existência, ao funcionamento, aos efeitos e à capacidade de auto-reprodução do sistema de justiça criminal na nossa sociedade, ao carácter estrutural, e não historicamente contingente, de sua incapacidade para realizar as funções instrumentais declaradas.

Os *juízos de valores* referem-se à falta de legitimação deste sistema como consequência da contradição “secular” e ainda não solucionada entre funções declaradas e reais; a violação constante e “endêmica” dos próprios princípios normativos e dos princípios garantistas que regulam a função punitiva nas constituições dos Estados de direito.

As *hipóteses políticas* tratam da “construção” alternativa dos conflitos e dos problemas sociais para os quais se invoca tradicionalmente a intervenção do sistema de justiça criminal. Elas tratam também da organização democrática da forma de intervenção que melhor responda às necessidades dos beneficiários (necessidades “reais”, enquanto por eles mesmos definida), e que seja a mais adequada à satisfação destas necessidades que as formas de intervenção até hoje realizadas ou realizáveis pelo sistema de justiça criminal e por qualquer outro sistema que reproduza as características estruturais e de funcionamento deste mesmo sistema. O fundamento destas hipóteses é a concepção da democracia.

Sob este ponto de vista, a realização de um sistema de regras e de intervenções públicas que represente os “direitos dos mais fracos” (hoje novamente proposto por Luigi Ferrajoli como definição normativa do direito penal, e que é o ponto de referência para a reforma do sistema de justiça criminal), parece ser menos difícil de alcançar com uma transformação estrutural deste sistema, que equivale a sua “substituição” por qualquer coisa de alternativo e de melhor, que com uma “enésima reforma” que reproduza substancialmente as características (estruturais e de funcionamento), trazendo como contribuição somente “melhorias” parciais. Naturalmente fica aberta a questão de como será possível distinguir entre “reforma” e “substituição” do sistema de justiça criminal. Tal questionamento depende de quais características estruturais e funcionais sejam assumidas na definição do “sistema de justiça criminal”, além da definição de conceitos como sanção, constrangimento, pena e das relações lógicas entre estes. Por isto fica também a pergunta se o “direito dos mais fracos”, proposto por Ferrajoli, deve ser interpretado, para retomar a clássica formulação de Radbruch, como um direito penal melhor (melhor por exemplo do que o atual sistema italiano, que Ferrajoli submete a uma rigorosa crítica deslegitimadora), ou qualquer coisa melhor que o direito penal, e não se trata aqui somente de uma questão terminológica. Cf. L. Ferrajoli, “*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*”, Bari, 1989. Neste sentido, veja-se também os trabalhos de T. Pitch, *Responsabilità limitata. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, 1989; R. E. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989. Em todas estas obras, os autores entendem ser necessário a realização de um atento reexame da teoria do direito penal mínimo.

DIREITOS HUMANOS, PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA*

MARIO CHIAVARIO

Professor

1. Um tema entusiasmante para uma realidade inquietante — 2. Processo Penal e tutela dos direitos humanos: um empenho antigo e os desenvolvimentos recentes — 3. O crime organizado e os direitos do homem: problemas velhos e novos — 4. Organizações criminais e garantias processuais — 5. A reforma processual penal italiana de 1988, os direitos humanos e a criminalidade organizada — 6. O recrudescimento do fenômeno mafioso e as respostas da “legislação de emergência” — 7. As repercussões (consequências) sobre o plano dos princípios do “processo justo” — 8. Um regime processual por uma “dupla via” e um (estranho) esquecimento — 9. O balanceamento entre as exigências de tutela dos direitos humanos e as exigências de combate às organizações criminais à luz das Convenções Internacionais — 10. E das “Recomendações de Toledo” — 11. Essência e limites do papel dos juristas — 12. O empenho por uma justiça verdadeiramente igual para todos.

1. Foi escolhido, para esta minha conferência, um dos temas que considero mais entusiasmante para um jurista; mas também um daqueles que mais envolvem aspectos de dramática e inquietante atualidade, não somente para o estudioso do direito e do processo, mas, em geral, para toda pessoa e para toda coletividade social.

O título reúne três pontos cruciais de uma problemática de larga extensão: direitos humanos, processo penal e crime organizado. A reflexão sobre qualquer um desses temas, mas especialmente sobre a relação entre eles está, e não somente de hoje, na origem de dolorosas angústias, assim como está também na origem dos estímulos mais fecundos para a cultura jurídica e para a consciência que a humanidade consegue ter de si mesma, dos seus valores, da vida civil e social dos povos e de toda a humanidade, que é sempre chamada a se manifestar face à

relação entre direitos humanos, processo penal e crime organizado.

Já *de per si* o processo penal foi bem definido como um dos terrenos privilegiados para experimentar a autenticidade civil e democrática de um regime político: pelo modo como resultam fixadas as regras que devem servir ao Estado para determinar se um indivíduo é inocente ou culpado, e pelo modo como resultam organizadas as relações entre os vários sujeitos que operam no processo penal e as suas respectivas atividades, se podem extrair alguns entre os elementos mais preciosos para valorizar se e quando um povo, se e quando uma sociedade são coerentes com as suas afirmações de apego aos valores da civilização, da liberdade e da democracia.

Mas a importância (e ao mesmo tempo a problemática) do argumento se

* Tradução do Dr. Mauricio Zanoide de Moraes.

acentua posteriormente — eu diria — quando a própria temática do processo penal se evoca nos seus vínculos, de um lado, com a questão dos direitos humanos e, do outro, com aquela do crime organizado. E isto é ainda mais verdadeiro neste fim de milênio, atormentadíssimo e também rico de esperanças em uma nova e mais autêntica consciência comum da humanidade.

2. Certo, que não é somente de hoje que existe a teoria dos “direitos do homem”; vale dizer a aspiração de ter em torno de um núcleo de direitos fundamentalíssimos — próprios da pessoa humana enquanto tal — e, portanto, “humanos” por excelência — as mais essenciais exigências de salvaguarda e de desenvolvimento das esferas da liberdade, da dignidade, e dos valores dos quais a pessoa é a própria portadora.

Mas foi deste nosso século a vontade e a capacidade de alcançar os empenhos vinculantes dos Estados diante de um consórcio internacional com os vários acordos multinacionais — em escala “regional” ou em escala, ao menos tendencialmente, universal — de tutela “dos direitos do homem”, “dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, dos “direitos civis e políticos” e dos “direitos econômicos, sociais e culturais”: entre eles, a Convenção europeia de 1950, a americana de 1969 e os “Pactos” de 1966, elaborados na sede das Nações Unidas e abertos à assinatura dos representantes dos Países de todo mundo.

Estes documentos — como é notório — se caracterizam também e sobretudo por terem colocado em funcionamento os mecanismos e os órgãos internacionais de controle e de sanção das violações dos direitos proclamados. Penso de modo especial na atividade da Comissão e da Corte Europeia dos direitos do homem, que, no mínimo, contribuiu para uma maior consciência direta dos direitos do homem.

Não desejo exagerar a importância destas instituições nem diminuir as difi-

culdades e os obstáculos que ainda impedem uma plena e real eficácia dos instrumentos de que dispõem. Isto seria realmente ridículo, também porque a realidade nos coloca, diariamente, diante de novos e perturbadores episódios de deturpação dos direitos humanos que, em tantas partes do mundo, acontecem. Mas não seria tão pouco justo ignorar o pouco que se faz. Assim sendo, não se podem esquecer as numerosas sentenças que, em quase quarenta anos de vigência da Convenção de Roma, já deram alguns e significativos exemplos de uma efetiva atenção aos pequenos e grandes problemas dos indivíduos, dos grupos sociais, de coletividades nacionais inteiras, e de uma acurada capacidade de incidência na realidade. Já muitas vezes os Estados europeus formam condenados a ressarcir violações dos direitos fundamentais; e em certos casos foram verdadeiramente elevados os efeitos “éticos-políticos” das resoluções adotadas por estes “juízos internacionais”. Desejaria recordar especialmente o caso do “regime dos coronéis gregos”, banidos, no início dos anos setenta, do Conselho da Europa — e talvez também por isto dirigido à uma rápida solução — logo depois de um volumoso “relatório” da Comissão Europeia dos direitos do homem que certificava numerosíssimas violações de normas da Convenção, perpetradas em terras helênicas.

Portanto, em cada um dos tratados internacionais de que se fala, um lugar não secundário cabe ao direito, ao processo e pelos direitos no processo, como direitos essenciais para qualquer pessoa que resulte atingida por uma acusação de caráter penal. E a tutela é delineada sobretudo de dois modos: de um lado, através da definição do conjunto de garantias que mais diretamente se referem ao conceito do *fair trial* (direito a uma oitiva paritária — normalmente pública — das razões das partes e direito a um juízo em tempo razoável

por obra de um juiz imparcial, independente, preconstituído por lei; presunção de inocência; direito ao defensor e direitos à defesa durante o desenvolvimento do procedimento); de outro lado, mediante a fixação de princípios (proibição de tortura, garantias à tutela da liberdade pessoal ...) que têm um campo de ação mais geral, mas que com o processo e no processo penal encontram, por sua vez, pontos de contato e também de colisão, às vezes de modo ainda mais envolvente nos “direitos processuais” em sentido estrito, aos quais acabamos de nos referir.

3. Terceiro vértice do triângulo: o crime organizado.

Também aqui, é oportuna uma memória histórica. Sem dúvida as organizações criminais sempre existiram; mas nesta nossa época colocam em evidência versões e manifestações sobretudo insidiosas e violentas, também por que, obviamente, estão em condições de desfrutar os enormes recursos oferecidos pelo desenvolvimento, também tecnológico, das sociedades contemporâneas.

Disto, vem já uma indicação. A questão da tutela dos direitos da pessoa humana não se pode exaurir totalmente em um problema de limites dos poderes do Estado.

Deve-se, ao contrário, admitir que hoje é a própria criminalidade organizada a dar corpo — especialmente em algumas das suas mais sofisticadas formas multinacionais (frequentemente chefe de vastíssimos tráficos de armas e drogas) — às mais formidáveis ameaças aos direitos mais elementares da pessoa humana a começar por aquele à vida e a segurança individual e coletiva. É, esta, uma realidade da qual não se pode prescindir nunca, também não nos devemos iludir demais sobre a eficácia de qualquer remédio, tomado sozinho: nem mesmo a necessária concentração de forças policiais e judiciária contra a criminalidade organizada poderá resolver todos os gra-

ves e complexos problemas da convivência e dar respostas definitivas ao anseio de vida tranqüila dos cidadãos honestos, justamente rebeldes à idéia que a vida e a incolumidade das pessoas devem ficar a mercê da violência, cidadãos não sempre atentos às mais verdadeiras raízes desta violência (nem sempre conscientes que com uma dose, talvez crescente, de riscos precisam habituar-se todos a coexistirem com ela).

Também a atenção àquilo que fazem ou não fazem os Estados neste campo — os Estados sozinhos e a colaboração entre eles, quero dizer — continua a permanecer essencial, aliás, sempre mais essencial. A particular virulência da criminalidade organizada do nosso tempo termina, em suma, por sublinhar, e de modo sempre mais marcado, também alguns aspectos do problema dos direitos humanos naquela que é a sua mais clássica dimensão, qual seja, na dimensão da relação indivíduo-autoridade pública.

Assim, é justamente a defesa da sociedade contra o crime organizado que sempre mais vezes é usada como justificação para a limitação de direitos e de garantias individuais, que são também fundamentais (frequentemente, e sobretudo com referência à esfera dos direitos “processuais”): com o suspeito — muitas vezes, infelizmente, fundado.... — para o qual a luta contra as organizações criminais possa tornar-se pouco mais que um pretexto para prisões autoritárias e até mesmo liberticidas. E de outra parte não se pode ignorar que as organizações delinquentes são sobretudo hábeis no desfrutar das garantias individuais (e de modo particular das garantias processuais) para suas vantagens, distorcendo-lhes conteúdos e objetivos: como veremos, um dos problemas mais impelentes para todo legislador do processo penal (e em particular para a lei italiana) é, por exemplo, hoje, aquele de não deixar que se barbarize

a garantia do contraditório processual entre as partes, tolerando, por exemplo, que o exame das testemunhas realizasse sob o peso de violências ou de ameaças às quais estas tenham sido submetidas.

Tenhamos em conta, em suma, que o crime organizado pode rejuvenescer-se seja pela fraqueza seja por uma potência excessiva e não sã do Estado. E, reciprocamente, os direitos da pessoa podem sofrer seja por causa dos limites demasiadamente brandos, seja pelos limites demasiadamente estreitos dos poderes estatais.

Existem aspectos talvez ainda mais delicados.

Há aquele das organizações que se criam com o proclamado intuito de reagir contra outras formas de criminalidade: mas que na verdade, freqüentemente, fazem de tais proclamações um mero pretexto para a mais brutal defesa de privilégios e de sistemas de opressão econômica e social que se impele, indo até ao assassinato programado.

E há o problema — com freqüência entrelaçado com o precedente — das ligações que a criminalidade organizada pode estabelecer dentro e até no coração das próprias instituições: com a troca de favores, com as conivências, com a proteção dos delitos, com verdadeiras participações na gestão de tráfico ilícitos, até à versão extrema e mais brutal, com uma organização de partido ou de outro gênero, que se assenhora do poder com a violência.

Como italianos e como brasileiros poderíamos contar uns aos outros muitas amargas experiências, capazes de evocar, freqüentemente também nas conexões entre um e outro, os fenômenos que procurei traçar: e não penso só no passado, nas ditaduras que nós e vós tivemos; mas também nos casos veementes destes anos, destes meses e destes dias. Teríamos, seja como for, ainda uma idéia pálida e limitada dos problemas e das tragédias que as várias

formas de delinquência organizada conseguem provocar no mundo.

4. Na Itália, como em outros lugares, criminalidade organizada, hoje, pode querer dizer muitas coisas. Entre as suas manifestações mais novas e mais preocupantes, colocarei o ressurgimento de fenômenos de organizações da violência como expressão do ódio racial. São seduções que fazem suas vítimas também e especialmente no mundo juvenil: penso nos ditos “naziskin”, que evocam, já no nome-símbolo, o sinistro mesclar-se de aberrações.

Mas criminalidade organizada no meu país quer dizer, ainda hoje e sobretudo hoje, máfia e organizações afins. Organizações robustamente radicadas sobre o território mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais, ligada sobretudo aquele narcotráfico, que aqui na América Latina se sente com uma intensidade ainda mais assustadora. Organizações capazes de criar uma espécie de “anti-ordenamento jurídico” com próprias regras, próprios tribunais e, sobretudo, próprios executores de “sentenças”, mas também, como já dizíamos, de insinuar-se nas fibras mais íntimas das próprias instituições estatais: em uma rede de conivência e de solidariedade que se exprimem em inércias difusas quando não em trocas de apoios ativos (e suspeitos, entre os mais inflamados, chegaram também a roçar personalidades já colocadas nos vértices do aparato estatal). Organizações, enfim, que nos últimos anos puderam aproveitar também da degeneração das relações entre o mundo da política e o mundo dos negócios, com a ampliação do assim chamado “sistema da propina” (isto é, das compensações distribuídas “por baixo do pano” pelos empreendedores públicos e privados, para partidos e homens de partido para obter vantagens de todos os gêneros).

É com esta realidade que também o legislador processual penal italiano e os

operadores italianos do processo penal devem lidar. E a constatação não deixa esquecer, bem entendido, que a lei processual penal deveria ser essencialmente delimitação de fronteiras e estabelecimento de regras para os órgãos do Estado no exercício do seu mister de determinar a verdade sobre os fatos delituosos: lei, portanto, antes de tudo e acima de tudo de garantia, em primeiro lugar das liberdades e dos direitos dos indivíduos. Mas esta lei impede que as garantias às vezes corram o risco de ser abusivamente desviadas para interesses completamente diversos daqueles para os quais foram concebidas; arriscam-se, em suma, de serem usadas contra os objetivos de uma justiça efetiva nos seus objetivos e correta nos seus métodos.

Disto surge uma constante tensão entre as exigências de tutela da sociedade e dos cidadãos honestos contra o crime organizado e a tutela dos direitos fundamentais de toda pessoa enquanto tal: tensão que — pela própria complexidade dos tentáculos que a máfia do crime organizado conseguiu estender — torna sempre muito precários os equilíbrios legislativos que de tanto em tanto se acreditavam atingidos.

É uma tensão que — eu creio — se registra numa certa medida sob todos os céus e, portanto, constitui um problema para os legisladores de todos os continentes. Agrada-me lembrar o quanto, mesmo na minha Torino, sublinhava, alguns anos atrás, Ada Pellegrini Grinover, apresentando junto ao “Código-Modelo” de procedimento penal para a América Latina, as normas sobre processo penal contidas na recente Constituição brasileira: “duas preocupações aparentemente contraditórias conduziram o espírito das reformas De um lado, aquela relativa à maior ênfase dada às garantias individuais derivadas da superação do modelo político autoritário instaurado no país a partir de 1964; de outro lado, aquela decorrente da necessidade de uma maior eficiência em

reprimir a criminalidade, organizada e violenta, cujos índices alarmantes tornam inquieta a população e exigem uma pronta resposta da parte do Estado”. E era ela mesma a exprimir firmemente, mesmo então, a convicção que “a garantia não colide com a eficiência” e que “o que se deve pesquisar, ao contrário, são técnicas que façam do processo um instrumento adequado à realidade subjacente, dirigido efetivamente às finalidades da jurisdição, que são fins jurídicos (a eficaz atuação do direito material), mas também sociais (a pacificação) e políticos (a participação e a justiça)”.

5. Sobre isto quero também recordar que no atual código de processo penal italiano (aprovado em 1988 e que entrou em vigor em 1989) foi assinalado pelo Parlamento, entre os seus escopos fundamentais, o de garantir a adequação do direito processual penal “às normas das convenções internacionais ratificadas pela Itália e relativas aos direitos da pessoa humana”.

Esta indicação de finalidade está mesmo acima das diretivas que em 1987 o Parlamento Italiano deu ao Governo com a Lei Delegada para a redação do próprio código. E queria acrescentar que o empenho neste sentido situa-se no mesmo nível — isto é, em termos absolutos — e em estreita relação com aquele voltado à atuação dos princípios constitucionais. E aqueles que, com base na delegação, tiveram o encargo da verdadeira elaboração do código têm pois, com efeito, dedicado a maior parte de seus esforços ao escopo de colocar em pé regras e mecanismos que melhor garantissem a tutela dos direitos do homem *ao* processo e *no* processo.

Por outro lado, a lei delegada de 1987 para a redação do código italiano de processo penal, em mais de um ponto, fazia explícita referência ao fenômeno da criminalidade organizada para assinalar a exigência de atenção a certos problemas particulares: assim, de modo especial, a

propósito dos termos de duração das investigações preliminares (que se admitia, poderiam ser mais longas, especialmente nos procedimentos relativos a delitos que levavam à atividade de organizações criminosas). E, na atuação das diretivas do legislador delegante, os redatores do novo código recolheram também estes sinais de atenção, extraindo disto também diversos outros, ainda que menos explícitos, para ditar mais de uma norma especificamente modelada sobre exigências de “resposta” à delinquência organizada: por exemplo, estendendo as possibilidades de prisão em flagrante por parte da polícia, quando efetivamente se investiga crimes atribuídos a organizações criminais, consentindo adiar “o incidente probatório” — ou seja, a aceitação antecipada de uma prova — no caso em que haja a suspeita de intimidações ou violências por parte de organizações criminosas e, sobretudo, configurando os primeiros (ainda que tímidos) esboços de uma coordenação entre os ofícios do Ministério Público (cada um dos quais, na Itália, é enquanto tal, livre de regras que impliquem numa dependência externa).

6. As tensões entre as exigências de tutela dos direitos do homem — entendidos, sobretudo, como exigências de tutela das pessoas acusadas de delitos — e os problemas de defesa social contra a criminalidade organizada aperfeiçoaram-se no período sucessivo à entrada em vigor do código.

Várias leis de emergência contra a criminalidade organizada foram, portanto, emanadas até mesmo depois da entrada em vigor do novo código, em parte na pauta das medidas a seu tempo adotadas (especialmente nos anos setenta) contra o terrorismo político.

É uma legislação que resumidamente costuma se indicar como “antimáfia”, pelo peso preponderante que a delinquência mafiosa tem na Itália, tendo, esta sob sua responsabilidade, entre as últimas e mais espantosas manifesta-

ções, os incidentes que levaram à eliminação de Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (dois entre os magistrados mais empenhados nas ações investigativas contra a máfia).

E, também, como resposta direta a estes incidentes foi concebido e apresentado o texto legislativo que com maior peso incidiu sobre a disciplina do processo penal delineada pelo novo código (além do que sobre tais normas, por sua vez de primária importância, do código penal e da lei penitenciária): um decreto-lei de junho de 1992, transformado em lei, com numerosas modificações e integrações, feitas pelo Parlamento em agosto do mesmo ano.

Em grau considerável, a atividade da criminalidade mafiosa condicionou, por outro lado, também algumas sentenças da Corte Constitucional Italiana, que por sua vez contribuíram fortemente para mudar a fisionomia de certas regras do novo processo.

Especialmente contra aquele decreto, mas, em parte, também contra estas sentenças, levantaram-se fortes protestos, sobretudo por parte dos advogados penalistas e de suas organizações, levados até a formas de luta global e radical (com abstenções generalizadas e contínuas das audiências). Contrariamente, na maior parte das crônicas dos jornais e na imprensa não especializada, notou-se a difundida tendência ao consenso nos confrontos destas iniciativas legislativas, antes reclamadas e depois apresentadas como as “respostas fortes” mais óbvias, e sem alternativas, à ofensiva das hostes mafiosas.

7. Há mais de um ano de distância do decreto citado — se bem que o panorama das posições políticas esteja muito mudado e se preveja, ainda, que deva mudar mais num futuro próximo — não parecem iminentes grandes mudanças nem sensíveis *revirements*, ainda que na Itália as flutuações da legislação são relativamente freqüentes,

pelo menos superficialmente, e rapidamente se acredita que basta emanar novas leis para resolver problemas que precisam de muito mais.

Entre os juristas, de qualquer forma, a desorientação existe e não é pequena. Para limitar-nos aos aspectos que mais diretamente se relacionam com o nosso tema, impressiona, em particular, a tendência a fazer adquirir ou readquirir muitos poderes à polícia e ao Ministério Público: certas vezes, até além das previsões do Código de 1930, emanado no período fascista e de marca nitidamente autoritária.

E tendo isto em vista, pode até ter-se a impressão que se reduz a um *boomerang* aquela mesma separação de regras entre “jurisdição” e “investigação” na fase das “investigações preliminares”, que — fazendo do Ministério Público o responsável direto e único por estas investigações mas tirando dos seus resultados, em linha de máxima, o valor de provas, e conferindo ao juiz uma regra exclusiva e penetrante de garantia — representou um dos pontos de força mais característicos e mais indiscutidos da reforma de 1988.

Seguramente, no texto original, do vigente código de processo penal italiano — e, antes ainda, na lei delegada — haviam aspectos que por esta ótica deviam ser revistos, sobretudo à luz das fraquezas que haviam surgido no plano dos processos de crime organizado. Mas tem-se a impressão de que por mais de um modo tendeu-se em sentido oposto. Quanto aos resultados obtidos, não é fácil colocar em direta relação com as “contra reformas processuais” os maiores sucessos que, com a captura de muitos foragidos, ainda que de importância secundária, o Estado conseguiu nestes últimos meses no fronte da luta à criminalidade organizada (junto a outras notáveis derrotas, como o multiplicar-se de atentados de origens obscuras ...). Creio que fizemos muito, e podemos ainda fazer mais,

por um lado os progressos sobre o plano da coordenação na atividade das forças de polícia e do Ministério Público, por outro lado a aprovação de medidas de efetiva proteção física e moral dos “colaboradores da justiça”, ou “pentiti” (aquelas pessoas que rompem a “omertà” revelando segredos das organizações criminais e cuja tutela real contra as agressões materiais e psicológicas deve ser comparável ao rigor com o qual serão controladas as suas afirmações para impedir as calúnias).

Ninguém pode, no entanto, negar também que alguns entre os princípios mais basilares do código de 1988 tenham pago as altas contas da reação às verdadeiras ou supostas fraquezas do tecido do código original. Em particular, tornou-se menos coerente a acentuação do princípio do contraditório como regra de base de toda dinâmica do processo. E tornou-se menos completo o reconhecimento daquele que, com igual eficácia, é chamado “direito à prova”, como o direito das partes — e, portanto, também e sobretudo da defesa do imputado — de não se ver arbitrariamente subtraídas das possibilidades de prova, e de “contra prova” em relação ao que foi trazido pela parte adversa para convencer o juiz.

Quanto à formação das provas, o código de 1988 sublinhou de várias maneiras a importância do contraditório. Antes de mais nada, admitindo a técnica do modelo processual *adversary* cujo momento chave se dá na *cross-examination*, ainda que não reduzindo o juiz a um puro e simples expectador mudo de uma lide que não exclui lances graves e inesperados (prescindindo dos poderes de direção da audiência e de vigilância do respeito das regras de aceitação e de exclusão das provas, a autoridade judiciária conservou um penetrante poder de integração probatória, para todos os casos nos quais se constate a “absoluta necessidade”, depois do esgotamento da instrução debatida pelas partes).

O sistema tinha, e por alguns aspectos ainda tem, o seu eixo no instituto que corretamente se denomina de “duplo autos”; em relação ao qual não é inoportuno relembra que o código italiano de processo penal vigente quis suprimir a fase instrutória na sua fisionomia tradicional. Conseqüentemente, não há mais “o” autos do processo, a ser remetido enquanto tal ao juiz do debate em caso de reapreciação do caso. A passagem à fase de debates comporta, ao contrário, a formação de *dois* autos: um “para o debate” (remetido de ofício ao órgão de juízo) e o outro “do Ministério Público” (iniciado, já antes da abertura do debate, a *discovery* em benefício das outras partes, mas não remetido à apreciação do juiz). É nos autos do Ministério Público, mas não no primeiro, que normalmente se inserem nos termos dos atos realizados durante as investigações (entre as poucas exceções à regra, deve ser assinalada aquela relativa aos termos dos “incidentes probatórios”, a qual se explica justamente porque estes são “antecipações de uma jurisdicionalidade” no curso das investigações preliminares, com o juiz — ainda que diferente daquele do debate, o assim chamado “juiz para as investigações preliminares” — que supervisiona, com as mesmas modalidades estabelecidas para o debate, a aceitação das provas que não podem ser remetidas à fase de juízo).

Era regra, mesmo não privada de exceções, que só os testemunhos obtidos no contraditório entre o Ministério Público e a defesa diante de um juiz imparcial pudessem ter valor de plena prova, enquanto as disposições recolhidas pelo Ministério Público durante as suas investigações podiam servir só para contestar os depoimentos contrários, dados pela mesma testemunha, em debate e conseqüentemente para tolher credibilidade a estas últimas. Rígida demais, a regra originária que, combi-

nando-se com as regras de juízo ditadas para os casos de prova legalmente faltante ou insuficiente, levava — também em casos de testemunhas claramente subornadas — à absolvições notadamente iníquas (em mais de um processo os relatórios da polícia ou do Ministério Público tinham assim servido para fazer cair em contradição certas testemunhas, notadamente subornadas, em debate; mas não podendo servir positivamente como provas, não obstante a convicção em tal sentido do juiz, tinham constrangido este último à absolver o imputado em nome da presunção da inocência).

Mas seguramente, inclinado em sentido oposto é o sistema atual: não só atribuiu-se valor de plena prova aos depoimentos recolhidos pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária quando aqueles sucessivos resultem de violência ou ameaça, mas em geral, qualquer declaração feita ao representante da acusação — mesmo que seja contestada durante o debate porque diferente do quanto ele mesmo no debate narra, vale como prova, se concorrem outros elementos a corroborá-la.

Outro exemplo, este relativo à limitação do “direito à prova”. Contrariamente, ao que ocorria sob a vigência do texto original do código de 1988 as partes não tem mais o direito de convocar, para ouvi-las em contraditório, as pessoas que tenham dado declarações verbais contra si em outros processos. Ou ainda, diante de um mesmo juiz, no mesmo procedimento através do mecanismo do “incidente probatório”: nestes casos, “o exame é admitido somente se o juiz o crê absolutamente necessário”.

E é verdade que nos primeiros anos de aplicação do novo código se verificara abusos notáveis, com graves danos para a economia dos processos e também para a incolumidade de certas testemunhas, quando em toda uma série de procedimentos as defesas dos acusados de máfia conseguiam convocar

sempre as mesmas pessoas — “colaboradores da justiça” ou, como se diz correntemente na Itália, “arrepentidos” — para ouvir repetir que a associação chamada “Cosa Nostra” é uma associação mafiosa... mas a discricionariedade concedida ao juiz é, agora, realmente notável e preocupante. Na prática, a nova oitiva depende completamente do juiz: e às favas com o “direito à prova”.

8. A aplicação das normas que acabei de mencionar — e de muitas outras entre aquelas disposições que muitos chama de “a contra reforma de 1992” — foi realmente limitada ao âmbito dos delitos de criminalidade organizada. Se configura assim uma espécie de “dupla via”: com uma disciplina para os processos “normais” e uma outra para operar nos processos contra o crime organizado.

Por certos aspectos a solução não é irracional, em relação, justamente, às grandes capacidades intimidativas e inquietantes das organizações delinquentes; mas, em todo o caso, não ficam eliminados todos os problemas: porque também nos processos para os piores delitos — aliás, sob dados perfis, especialmente nesses processos — certos *standarts* mínimos de *fair trial*, deveriam sempre ser respeitados, se não quisermos que o *prejuízo* possa muito facilmente substituir um correto *juízo*: e também porque o apoio a praxes pouco escrupulosas nos confrontos das garantias das pessoas pode facilmente determinar um efeito de *transfert*, com consequências também nos processos “comuns”.

Muitos juristas italianos ficaram chocados que a esta tendência a configurar uma “dupla via” de regime processual não seja acompanhado um explícito chamamento às normas das convenções internacionais que, dentro de certos limites e em dadas condições, consentem de derogar ao regime “normal” de tutela dos direitos da pessoa humana.

Em particular se observou que algumas das inovações introduzidas não

pareciam “*prima facie*” compatíveis com normas como a do art. 6.3.d da Convenção Européia (que garante ao acusado o direito de obter a convocação das testemunhas de acusação além da igualdade de tratamento entre as testemunhas a favor e contra), lembrou-se o art. 15 da mesma convenção, para o qual, “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”, um Estado “pode tomar medidas em derrogação às obrigações previstas pela convenção nos estreitos limites que a situação exige, com a condição de que tais medidas não estejam em contraste com as outras obrigações derivadas do direito internacional”, e com o ônus de “manter informado” o Secretário Geral do Conselho da Europa “sobre as medidas tomadas e sobre os motivos que as inspiraram”, além do que sobre a revogação das mesmas medidas, logo que, tal revogação seja disposta.

Certamente terá havido razões que induziram o Governo e o Parlamento italianos preferiram ignorar esta válvula de escape; mas estas razões não vieram a tona, também por que se notava quanto estas razões eram fracas. Se pode pensar que sobretudo fosse desagradável admitir claramente a presença de uma espécie de “Estado de Emergência”, mesmo que limitado a zonas do território nacional nas quais as organizações mafiosas e similares estão mais radicadas. Esta admissão teria de fato comportado grandes problemas constitucionais e políticos, mesmo por que faltam regras claras sobre a gestão de situações do gênero no plano interno, e por que é sempre mais precária a situação sobre a qual se regem, no meu País, os equilíbrios governamentais e parlamentares, numa fase que rumo, com pouquíssima clareza, à passagem da Primeira República a uma forma de governo marcada por características em parte diferentes, a começar pelas regras sobre a formação da representação parlamentar.

9. O discurso, em todo caso, será aqui retomado em algumas de suas implicações mais gerais, que vão além dos problemas de um país em particular.

O art. 15 da Convenção Européia nos faz de fato constatar que mesmo nos textos internacionais há previsões de flexibilidade das normas de tutela dos direitos fundamentais. De resto, não é só: a princípio, em linhas gerais análogas, se inspiram por exemplo o art. 4.º do Pacto da ONU sobre os direitos civis e políticos e o art. 27 da Convenção Americana sobre os direitos humanos. E não há dúvida de que a presença de fortes organizações criminosas possa dar corpo e concretude àquelas situações de “perigo público” às quais fazem referência os textos internacionais.

Estas derrogações não são por sua vez sem regras e sem limites.

Há a obrigação de colocar a comunidade internacional e as várias instituições “regionais” das quais o Estado faz parte, em condições de seguir atentamente a coisa. Há a necessidade de respeitar um princípio de proporção entre os escopos de defesa social e os sacrifícios que sejam impostos aos direitos e às liberdades.

E existem precisas especificações destes direitos “mais fundamentais”, que não podem ser derogados ou suspensos nem mesmo em caso de emergência. Entre estes está o caso, por exemplo, da proibição de tortura e da proibição das leis penais retroativas: ambos sobretudo relevantes na dinâmica da justiça penal diante das mais fortes tentações de usar a pena e o processo com escopos perversos.

10. A exigência e a vontade de levar em conta os vários aspectos de uma complexa e dramática problemática transparece também em alguns dos mais recentes documentos de reflexão que a comunidade internacional dos juristas elaborou sobre o assunto.

Fui testemunha, e de algum modo ator, — junto a vários juristas sul-

americanos, em particular a João Marcelo de Araújo — do trabalho dos participantes no Colóquio de Toledo de abril de 1992, preparatório ao Congresso da Association Internationale de Droit Pénal que se dará no Rio de Janeiro em setembro do próximo ano. O tema do colóquio era a proteção dos direitos do homem em relação aos movimentos de reforma do processo penal: e sobre a oportunidade de referir-se também aos problemas da criminalidade organizada, houve naquela sede um vivaz debate.

No final emergiram duas indicações, ambas na minha opinião muito significativas; e fruto do diálogo, posso dizê-lo que instaurou-se especialmente entre aqueles que, como quem vos fala, partiam da exigência de sublinhar em particular modo que a sacro-santa, intransigente defesa dos direitos humanos não deve ser deformada por possíveis instrumentalizações da parte das organizações criminosas e aqueles que, como a maior parte dos delegados da América Latina, destacavam o perigo que em nome da “emergência” e da luta contra a criminalidade organizada, se alimentassem os piores regurgitamentos de violência do Estado ou de qualquer forma reacionária e os sempre recorrentes perigos de retornos autoritários ou mesmo ditatoriais.

As duas tendências não eram de fato contrastantes entre si e um franco confronto fez entender que a ênfase de uma ou de outra exigência vinha sobretudo das mais recentes experiências vividas em contextos diversos. Mas todos compartilhavam plenamente ambos os objetivos.

Nas “Recomendações de Toledo” — que, bem entendido deverão ser discutidas e espera-se, aperfeiçoadas, no Congresso do Rio, lemos, portanto, antes de tudo, como preâmbulo, que “nem mesmo a luta contra o terrorismo e contra o crime organizado poderá restringir os direitos fundamentais, senão

na medida do estritamente necessário” (com um particular destaque da intangibilidade, em princípio, dos “direitos humanos” reconhecidos como tais nos textos internacionais de tutela); e lemos pois no ponto 13 da resolução que “a concessão dos privilégios a testemunhas ou a agentes secretos não será admitida senão excepcionalmente e somente nos casos de criminalidade gravíssima e de criminalidade organizada”, precisando-se, por outro lado, que “se a identidade destes agentes não for revelada na audiência, uma condenação somente baseada nas suas indicações não deveria ser possível”. Contrariamente, acrescentou-se que “será necessário assegurar a proteção de cada testemunha ameaçada por organizações criminais.

11. Em suma, aquela que emerge destes documentos não é a lógica o “guerra é guerra”, mas não é também aquela da resignação diante de uma criminalidade organizada, sempre mais rica, sempre mais prepotente, sempre mais ameaçadora. E é com esta convicção que gostaria de dirigir-me à conclusão; não sem exprimir uma outra, de convicções que gostaria que fossem ouvidas como sobretudo radicadas no meu ânimo.

Estou de fato persuadido de que, mais uma vez com referência a estes problemas capitais, a contribuição do direito e do processo seja essencial, mas não exclusiva nem mesmo primária.

É essencial, porque aqui se combate também e sobretudo uma batalha contra a ilegalidade e em defesa de uma mais alta legalidade. E o fato que entre tantos alvos da criminalidade organizada haja freqüentemente estados — e penso sobretudo no meu País — e magistrados demonstra que são estas organizações as primeiras a saber que uma justiça penal eficiente e confiável é um dos maiores obstáculos aos seus objetivos.

Mas esta contribuição não é exclusiva e nem mesmo primária, porque freqüen-

temente, para não dizer quase sempre, a criminalidade organizada, nas suas raízes e nas suas alucinantes redes de consensos e de chantagens e de reações, prospera sobretudo em situações de desigualdade freqüentemente vergonhosas, sobre a corrupção, especialmente a de alto nível, nas carências das políticas sociais. Todo o resto vem depois. Como penso que vocês saibam, infelizmente, melhor que eu.

12. Também por esta razão, precisa atentar-se para não dar motivos a confusões.

Muito diferentes entre eles (penso) restam problemas como aqueles da luta contra a máfia e contra os importantes narcotraficantes e problemas ligados à realidade como aquela dos vossos “meninos de rua”, que, como sabemos, com freqüência são explorados por uma ativíssima criminalidade organizada de adultos e que indubitavelmente provocam, por sua vez, um compreensível pânico no meio da população.

Especialmente a este propósito, é, para mim, sobretudo difícil e penoso pronunciar algumas palavras que correm o risco de estar fora do lugar: e não só porque, sendo eu estrangeiro, me escapam muitos aspectos concretos, talvez os mais importantes, da situação. Para este segundo tipo de problemas continuo a acreditar que a contribuição mais autêntica e mais consistente que o Direito e o processo podem dar não é aquela da repressão cega e intransigente e das condenações sumárias, e muito menos aquela da justificação das reações de uma sediosa “justiça privada”, que não raramente escondem injustiças piores daquelas que diz combater.

Há sempre muito — como eu já procurei dizer — e em todos os lugares uma exigência de uma atenta medida das garantias para evitar que essas sejam deformadas e instrumentalizadas nas mãos dos prepotentes. Igualmente, permanece necessário, o empenho indis-

pensável e corajoso para um uso correto de todo o recurso, sobretudo no plano da colaboração internacional, para contrapor uma organização efetiva da justiça à uma organização iníqua das internacionais do crime.

Mas, entre as contribuições que um jurista pode oferecer, gostaria de assinalar uma, que me parece, na sua especificidade, capaz de dar sustentação a uma esperança dos humildes que não seja meramente demagógica e que, portanto, possa ser, definitivamente, o mais potente antídoto à prepotência dos criminosos: é a reivindicação intransigente de uma justiça realmente igual para todos, e, portanto, atenta, antes de tudo, a não acentuar, nem mesmo no âmbito do processo, as diferenças às vezes já espantosas em prejuízo dos mais fracos, dos mais desafortunados,

por razões econômicas e sociais. Daí, o grande valor das redes de assistência legal para os mais necessitados, para os deserdados, para as vítimas da violência e da prepotência privada e pública.

Também e sobretudo neste sentido, a batalha pelos direitos da defesa no processo penal é uma batalha que merece ser combatida: para que toda pessoa possa gozar de uma defesa efetiva e real, para que uma garantia fundamental como aquela da assistência defensiva não permaneça, na realidade, um privilégio para poucos.

Relembramos os muitos mártires que a causa dos direitos humanos — e sobretudo dos direitos dos humildes, da gente pobre — conheceu no mundo e aqui em particular, nesta vossa belíssima, apaixonada e apaixonante, generosa e hospitaleira, mas sanguinolenta, América Latina.

INCIDENCIA DE LAS "MASS MEDIA" EN LA EXPANSION DEL CONTROL PENAL EN LATINOAMÉRICA

RAÚL CERVINI

Profesor de Derecho Penal en las Facultades de Derecho
de la Universidad de la República y Universidad
Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga

1. Introduccion — 2. Mass media y opinion publica — 3. Generacion y manipulacion de los miedos y el proceso de formacion de la Ley Penal en la experiencia latinoamericana — 4. Conclusiones

1. Introduccion

Para muchos en Latinoamérica el Principio de la Intervención Mínima encierra un valor paradigmático y representa un ineludible compromiso con su realidad. Desacralizar el Derecho Penal, recuperar su valor significativo para el hombre, única posible fuente legitimadora de la norma penal es la simiente de un movimiento renovador que recorre como una ráfaga de aire fresco la política criminal y la dogmática de nuestros días.

No obstante el trecho recorrido, el camino hacia la necesaria contracción humanitaria del sistema penal se encuentra sistemáticamente plagado de frenos y contramarchas. Factores sociales, obstáculos de naturaleza legal e incluso algunos criterios de política criminal tienden a retrasar y contrarrestar la racionalización del sistema penal por múltiples causas y respondiendo a los más variados intereses.¹

Algunos de esos factores favorecen la expansión del Derecho Penal mientras

que otros obstaculizan su reducción. En todo caso, unos y otros inciden en el funcionamiento de los Poderes del Estado y en la propia percepción de la realidad por los individuos.

A nivel teórico, las autoridades y los integrantes del colectivo social deberían formar su juicio sobre el debido alcance del sistema penal en un marco de equilibrio y objetividad, sin interferencias deformantes. También sería deseable que aquellos llamados a legislar se hicieran eco exclusivamente de los reclamos populares con fundamentación sólida, rechazando de plano los prejuicios irracionales y los arranques emocionales generados por las mass media. Lamentablemente, como veremos en el decurso de la exposición, esto se reduce a una simple aspiración.

El objetivo de esta ponencia radica, precisamente, en poner de manifiesto la creciente vulnerabilidad de las comunidades latinoamericanas, derivada de la incidencia definitiva que tienen las mass media en la formación del estado subjetivo de la seguridad (o inseguridad) pública y, por ende, en la construcción de la realidad social y en la consiguiente expansión de la solución penal de los conflictos.

1. Cervini, Raúl: *Los Procesos de Decriminalización*, 2.ª ed., cap. IV: Obstáculos que se presentan a los Procesos de Decriminalización, Editorial Universidad, Montevideo, agosto 1993, p. 67 y ss.

2. Mass media y opinion publica

1. Ha señalado el Comité Europeo,² que una de las presunciones básicas de muchos estudiosos del derecho, sociólogos, filósofos y legisladores es que en una sociedad que funciona adecuadamente hay y/o es de esperar que haya, un alto grado de congruencia entre la ley y la conciencia legal de la población. Por eso se menciona, invariablemente, la enorme importancia que tiene la opinión pública en los procesos de criminalización y/o decriminalización del sistema. Lamentablemente también se hace notar que los estudios sobre el conocimiento y actitudes de la población demuestran que esa opinión pública no se construye libremente.

A partir de los aportes criminológicos del interaccionismo simbólico³ y muy especialmente en numerosos trabajos de la más reciente doctrina,⁴ se ha resaltado

el peso sustancial de los medios conformadores de la opinión pública en el proceso de elaboración de las leyes en general y respecto de la tendencia criminalizadora en particular.

Ciertamente, los medios de comunicación de masas no son los únicos que, con su imagen deformante de la criminalidad real, producen temor al delito, estilos agresivos de comportamiento y una agravación de las leyes existentes y de su aplicación no justificable criminológicamente. Sin embargo son, como se verá en los siguientes párrafos, un factor decisivo en la generación de estos fenómenos socialmente nocivos.⁵

2. Como corolario natural de lo anteriormente expresado, cabe profundizar,

2. *Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad*. Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980, Decriminalización, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 95 y ss.

3. Blumer, Herbert: *Society as Symbolic Interaction*, Jerome G. Manis/Bernard N. Meltzer (eds.), Symbolic Interaction, 2.^a ed., Allyn and Bacon, Boston, 1972, pp. 145-154.

4. Aniyar de Castro, Lola: *Criminología de la Liberación*, Edic. Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987, p. 159 y ss. Aniyar de Castro, Lola: "Publicidad del Delito e Inseguridad Ciudadana" en *Capítulo Criminológico* n. 14, Órgano del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1988, p. 27 y ss. Aniyar de Castro, Lola: "Notas para la Discusión de un Control Social Alternativo", en *Criminología Crítica*, 1er. Seminario, Universidad de Medellín, Medellín, 1984, p. 97 y ss. Berger, Peter y Luckmann, Thomas: *La Construcción Social de la Realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1968. Bustos Ramirez, Juan: "Los Medios de Comunicación de Mass", *El Pensamiento Criminológico*, Barcelona, Ediciones Península, 1983, v. 2, p. 59; Conseil de L'Europe (Kutchinski). "La Perception de

la Déviance et de la Criminalité." Neuvieme conférence de Directeurs d'Instituts de Recherches Criminologiques, Strasbourg, 30 Novembre au 2 Décembre 1972, p. 67 y ss. Davison, W. P.: "Public Opinion: Introduction". *Encyclopedia of the Social Sciences*, v. 13, Londres, Collier-MacMillan, 1968, p. 188 y ss.; Legun, David: "Crime and Public Opinion", en *Revista de Derecho*, n. 8, año IV, Washington D. C., 1989, p. 36; Rodrigo Alsina, Miguel: *La Construcción de la Noticia*, Edit. Paidós, Barcelona, 1989. Rose, Arnold M.: *Human Behavior and Social Processes*, Rotledge and Kegan Paul, London, 1971. Saperas, Enric: *Los Efectos Cognitivos de la Comunicación de Masas*, Ariel, Barcelona, 1987. Schur, Edwin M.: "Labeling Deviant Behavior: Its Sociological Implications", S. C., 1971, Conf. Versele, Carlos-Séverin: "Justice Pénale et Opinion Publique: Ce que l'on pense de la loi et des juges", Inst. Soc. Bruxelles, 1973. Wolfgang, Marvin E., Savitz, Léonard y Johnston, Normas. *The Sociology of Crime and Delinquency*, 4th edit., John Wiley and Sons, New York, 1986. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas — Deslegitimación y Dogmática jurídica-penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 131 y ss.

5. Schneider, Hans Joachim: *La Criminalidad en los Medios de Comunicación de Masas*, Doctrina Penal, año 12, ns. 45 e 48, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 90.

en primer término, con relación a la responsabilidad de los medios de comunicación masiva en la desfiguración y creación de la realidad.

a) No constituye una novedad, por ejemplo, que la prensa moderna escrita, oral y televisiva, es por lo común una prensa de empresa, es decir, sin grandes convicciones y sin más fines que los de una gran difusión que aumente sus beneficios. En ese marco, el manejo sensacionalista y folletinesco de la página policial, encarada como un mero entretenimiento, es un “gancho” más para aumentar la venta.⁶

Pero sin perjuicio de lo expuesto, un análisis más profundo del fenómeno nos permite ver que ese sensacionalismo “flechado” y “sugere”, hacia determinadas personas (jóvenes marginados), delitos (los convencionales) y soluciones legales (represivas), coadyuva fundamentalmente con otros propósitos.

Hace aproximadamente seis años, en el marco del proyecto Sistemas Penales y Derecho Humano a la Vida en América Latina, coordinado por el Prof. Zaffaroni, realizamos con un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho un estudio crítico-sistemático sobre el tratamiento que dio la prensa escrita a un hecho de muertes por violencia del sistema penal (la llamada “revuelta carcelaria” de 19.11.86). Creemos útil transcribir un

breve pero significativo párrafo contenido en las conclusiones primarias de ese trabajo: “En suma, se observa sobre todo a través de los diarios, ... un designio subliminal de contención plasmado a través de tres niveles de mensaje simultáneos: el de los titulares, el de las fotos y el del propio texto, cada uno de ellos, a su modo, carentes de objetividad y dirigidos aparentemente a receptores cualitativa y cuantitativamente diferenciados. El efecto real de este “diseño informativo” se percibirá claramente en las dos Encuestas de Opinión realizadas en el marco del mismo Proyecto, seis meses después de sucedidos los hechos”.⁷

Esta primeira investigación sobre las mass media puso de manifiesto que en los hechos y a través de sucesivos mecanismos éstas dirigían la conciencia social o, en otros términos, preordenaban la visibilidad social del delito y del sistema penal por parte del colectivo de Uruguay.

b) Los medios de comunicación, especialmente la televisión, enseña Zaffaroni,⁸ son hoy elementos indispensables para el ejercicio de poder de todo el sistema penal, pues permiten crear la ilusión de ese mismo sistema, difundir los discursos justificadores, inducir los miedos en el sentido que se desea y lo que es más grave reproducir los hechos conflictivos que sirven a cada coyuntura.

La creación de la ilusión de los sistemas penales se produce — señala el profesor argentino — tanto a nivel transnacional como nacional.

6. Schneider, Hans Joachim: *La Criminalidad en los Medios de Comunicación de Masas*, Doctrina Penal, año 12, ns. 45 a 48, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 75 y ss., expresa: “... Las noticias sobre crímenes fascinan a la población desde hace siglos. En la Edad Media, cantantes itinerantes iban con éxito de pueblo en pueblo disfundiendo el tema en sus romances. “... cumplen una función exonerante para la sociedad; en virtud de ellas el ciudadano “respetuoso de la ley” puede separarse del delito; le ponen de manifiesto su identidad “normal” y se puede sentir satisfecho de ser mejor que el delincuente y de haber podido evitar con éxito el delito. ...”

7. Informe del Grupo de Trabajo “Análisis de Medios y Opinión Pública”, Uruguay, Proyecto del HDH, coordinado por el prof. Zaffaroni: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en A. Latina*, Parte II — “Sistemas Penales y Derecho Humano a la Vida en América Latina, las Muertes Anunciadas”, t. 2, Vers. Mimeografiada, Montevideo, 1989, p. 45.

8. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *En Busca de las Penas...* op. cit. ut supra, p. 131 y ss.

b.1) A nivel transnacional, la introyección del modelo penal como pretendido modelo de solución de los conflictos, se obtiene desde temprana edad a través de la llamada "comunicación de entretenimientos" plasmada clásicamente en las numerosas series policiales importadas. Ese material transnacional logra efectos diversos y complementarios, entre otros:

— Crea demandas de rol dirigida a los miembros de las agencias penales nacionales que nada tienen que ver con su realidad.

— Genera cierta sensación ambiental de inseguridad ciudadana, (potencialmente utilizable internamente en Campañas de Ley y Orden).

— Promueve el deterioro de determinados valores vinculados a los Derechos Humanos y sus garantías, y un enfoque maniqueísta de la realidad.

Precisamente, en mayo de 1987, durante un Coloquio realizado en la Universidad de Río de Janeiro,⁹ se subrayó la existencia de varios tipos de campañas portadoras de meta-mensajes, calificadas por los sociólogos americanos como "instrumentales". A Saber:

— Campañas de disvalor, mediante las que se tiende a desdibujar valores fundamentales, por ej.: valor vida, o la propia eficiencia de la administración formal de justicia.¹⁰

9. "Encuentro Internacional de Penalistas" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro y la Asociación Internacional de Derecho Penal, Sección Brasil, Río de Janeiro, 18 y 19 de mayo de 1987.

10. A via de ejemplo, podemos recordar una popular serie de TV en las que un juez abandona su cargo que lo constriñe formalmente, para buscar la realización práctica de una justicia sustancial privada. En otro film frecuentemente pasado por la televisión el protagonista, un policía "que no respeta las reglas" expresa en cierto pasaje a un delincuente antes de eliminarlo: "tú eres la enfermedad, yo el

— Campañas maniqueístas, por medio de las cuales se fractura artificialmente la realidad, separando esquemáticamente lo bueno de lo malo, marco en el cual el bueno puede recurrir a cualquier procedimiento para exterminar al malo.¹¹

Son especialmente claros sobre estos puntos los conceptos de la brasileña Eliane dos Santos, cuando en el referido encuentro señalaba: "el 36% de nuestros programas televisivos parecen aspirar a que el concepto valor vida humana sea equivalente a cero, una expresión neutra y funcional en el marco de un planteo maniqueísta donde, siguiendo la terminología de Levin o Herrnstein (integrantes del nuevo realismo americano) aquel definido como socialmente sano puede recurrir a cualquier procedimiento formal o informal para exterminar al definido como socialmente dañino".

b.2) A nivel de coyunturas nacionales, los medios masivos de comunicación son los encargados de generar la ilusión de eficacia del sistemam penal¹² o la sensación de desamparo de la población, según los casos. Entre los instrumentos empleados, tenemos:

— Campañas de distracción, por medio de las cuales algunos medios procuran focalizar la atención de la

remedio". Al final de la trama logra capturar a otro depravado, el que — pese a su delicada situación — reflexiona sarcásticamente: "gracias a la debilidad de los jueces y sistema de garantías, seguramente muy pronto estaré en las calles". En esa oportunidad el protagonista sentencia escuetamente: "acá se acaba la ley y surjo yo", acto seguido lo ultima.

11. Conf. Davison, W. P.: "Public Opinion. Introduction", op. cit. ut supra, p. 196, para quien el uso de mecanismos psicológicos que se alimentan de la personalización y del contraste entre el bien y el mal buscan desdibujar los componentes sociales del conflicto.

12. Zaffaroni, Eugenio Raúl: "En Busca de las Penas ..." op. cit. ut supra, p. 133.

13. "Encuentro Internacional de Penalistas", evento cit. ut supra. Durante ese Coloquio, un

opinión pública en hechos desviados aislados, para desplazar el centro de interés de la crisis estructural política o económica.¹³

— Campañas conformadoras del estereotipo del criminal, sobre la base del hombre joven marginado.

— Campañas de Ley y Orden. Por su intermedio se canaliza el sentimiento de inseguridad ciudadano cuando el poder de las agencias está amenazado (recortes presupuestales, cambios de escalafón, transferencia de centros de poder, cambios de jurisdicción operativa), o cuando está próximo un quiebre institucional y se procura generar la necesidad de "orden y seguridad", cualidad que se auto-atribuyen los regímenes con vocación totalitaria, por el sencillo expediente de la desaparición de las noticias.¹⁴

Scheridan señala que con estas campañas se procura generar o generalizar un sentimiento de inseguridad en la comunidad, por medio de la creciente difusión de determinado tipo de delitos (los que puede sufrir cualquier ciudadano medio), predisponiendo a la opinión pública hacia cambios legislativos de

signo represivo, e incremento de otros tipos de servicios y control de aquellos sectores marginados que se señalan como responsables de la inseguridad pública (reclamo de mano dura).¹⁵

Estas campañas suelen recurrir a determinados estímulos comunicacionales complementarios y convergentes al mismo fin, entre otros:¹⁶

— la "invención de la realidad" (distorsión por aumento de espacio destinado a página roja, reiteración de noticias, estadísticas acumulativas de estado de riesgo ciudadano, focalización de supuesta áreas ecológicas de riesgo, etc.);

— "profecías que se auto-realizan", a través de la instigación pública a cometer delitos mediante meta-mensajes como ser: la impunidad es absoluta; los menores pueden hacer cualquier cosa; los presos entran por una puerta y salen por otra; los jueces son débiles; etc.;

— "indignación moral", instigación a la auto-defensa, glorificación de los "justicieros", "vigilantes", "vengadores" y los tristemente célebres "escuadrones de la muerte".

c) Recientemente, a principios de 1992, durante un Coloquio sobre "Medios Masivos de Comunicación y Delito", organizado por el Instituto Bradenton, varios de los especialistas participantes resaltaron en sus ponencias otras características generales de las llamadas Campañas de Ley y Orden.¹⁷

grupo de trabajo, analizando la prensa del Estado de Río en la primer semana de junio de 1987, época de la llamada "Revolución de Río", observa que el 95% de los diarios del Estado dedicaron el 60% de sus ediciones en el tratamiento de los aspectos sensacionalistas del tema y sólo el 3% en el análisis de las causas sociales y económicas del mismo (sorpresivo aumento del transporte colectivo). También se resalta el que un 42% de los em2 destinados al tema, lo ocupan fotos y titulares impactantes, los que solamente en un 20% de los casos se ajustan al contenido del texto. Se hace notar que contemporáneamente a estos hechos se daba a difusión en San Pablo un impresionante fraude en una institución financiera, hecho de enorme dañosidad social. Sin embargo, ocupó en la prensa de Río sólo 10 em2 de una sobria nota.

14. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *En Busca de las penas ...*, op. cit. ut supra, p. 133.

15. Scheridan, Half: Citado por David Legun, en *Crime and Public Opinion*, op. cit. ut supra, p. 39. El mismo profesor ha resaltado la importancia en la estructuración de estas "cruzadas" del diseño de la página, el tipo de foto, la ubicación, mensaje de los titulares y hasta el propio color de fondo de los mismos que pueden predisponer subliminalmente al lector hacia un sentimiento de inseguridad.

16. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *En Busca de las Penas ...*, op. cit. ut supra, p. 133.

17. Seminario: "Medios Masivos de Comunicación y Delito", organizado por el Instituto Bradenton, Florida, USA, 8 a 20 de enero de 1992.

Estas notas que se detectan como propias de ciertas estrategias manipuladoras de la opinión pública y que son de insoslayable consideración en Latinoamérica, denuncian en su operatividad algunos acuerdos básicos explícitos o implícitos del marco comunicacional.

El prof. L. W. Severin puso énfasis en el elemento *Progresividad*, característica que se percibía tanto desde el punto de vista cuantitativo (más espacio destinado al mensaje) como cualitativo (intensificación indicativa del mensaje, que cada vez se plantea al receptor con más descaro), lo que es a su juicio razonable si se piensa que los potenciales receptores van aumentando su nivel de tolerancia a la deformación de la realidad.

El mismo autor también resaltó la importancia del elemento *Acotamiento Lógico* (Rational Condition), que se vincula directamente con el tema de los marcos comunicacionales (ámbito donde se negocia la legitimidad de la información) y con la propia esquematización maniqueísta a la que hemos hecho referencia anteriormente. De acuerdo a Severin, el mensaje está estructurado de tal forma que conduce a una aparentemente unívoca solución de corte represivo (directa o indirectamente) la que se plasmará en diferente grado, según el nivel al cual va dirigido el mensaje.

Otros penalistas pusieron de relieve el efecto que denominan *Marco Escenográfico* (Framework). Dentro de cada medio de comunicación el espacio destinado a los diferentes tipos de noticias e informaciones, refiere en forma más o menos indirecta al sentimiento de inseguridad ciudadana, configurando una especie de "telón de fondo" al tratamiento exhaustivo que se otorga al tema en la página o espacio propiamente policial o en las noticias generales. La propia naturaleza expansiva del "telón de fondo" permite que el mensaje de inseguridad ciudadana se maneje simultáneamente en diferentes tipos de noti-

cias (policiales, generales, deportivas, políticas e incluso sociales), en forma más o menos resaltada pero constante.

En una ponencia conjunta que tuvimos el honor de presentar con el Prof. Severin,¹⁸ se resaltó el llamado *Efecto Coordinado*. Esta característica se manifiesta tanto en el área instrumental como en el ámbito sustancial.

En cuanto al área instrumental, dentro de cada medio y en el conjunto de éstos, se percibe un manejo confluyente del tema. Varios participantes del evento consideraron conveniente el uso de la denominación "Efecto Coordinado" y no emplear simplemente el término más equívoco de "coordinación" pues, si bien muchos medios de comunicación participan en las campañas conscientemente, otros se ven incorporados a ellas por el "efecto arrastre", implícito en el mecanismo realimentador de estos procesos.

En los sustancial, este efecto coordinado se percibe en el manejo del recurso que algunos llaman "justificación por contraste" y otros "inducción por contraste" al que es frecuentemente expuesto el receptor. Así, a vía de ejemplo, se puede señalar el habitual manejo que dentro de la región se hace del Departamento de Asuntos Internos, institución de auditoría operativa de los cuados policiales ordinarios, también llamado Fiscalía de Policía o Control Ejecutivo, según los países. En ese nivel de mensaje, una conducta — en principio — reprochable de un agente policial, puede llegar finalmente a justificarse.¹⁹

18. Cervini, Raúl y Severin, L. W.: "Estrategias de manipulación de la opinión pública", Ponencia al Seminario "Medios Masivos de Comunicación y Delito" cit. ut supra.

19. El agente policial, personaje que se suele presentar como un sujeto desalineado, de vida desordenada, que practica cualquier procedimiento formal o informal para controlar al delincuente al que se enfrente sólo y como última defensa de la sociedad ante el crimen, se

También se suele hacer referencia a la innata *Irreversibilidad* de estos procesos. Mucho se ha discutido y se discutirá en el futuro sobre la posibilidad de ensayar con mayor o menor éxito un “contramensaje”, pero para un sector claramente mayoritario el efecto de estas campañas es definitivamente irreversible ya que, en estos casos, la comunicación encuadra dentro del más rígido esquema conductista de mensaje-respuesta. Una vez puesta en marcha la campaña, los aislados trabajos tendientes a esclarecer a la opinión pública, ya están operando sobre una realidad. Cuando los observadores detectan el desarrollo de una campaña de Ley y Orden, ésta ya generó el sentimiento de inseguridad y ses nos presenta como realidad social. En esa instancia los medios y la opinión pública se ejercen un influjo recíproco interaccionándose e continuamente. La opinión reaccionando con sus demandas represivas y los medios de comunicación de masas informando también de las reacciones que ellos mismos han provocado.²⁰

d) Observa con mucho acierto Zaffaroni²¹ que nuestra sociedad actual ha cambiado la comunicación entre

contrapone otro tipo de personaje formal, frío, calculador, burócrata, que pretende controlar la ciudad desde un escritorio. La forma de actuar del Oficial de Asuntos Internos, que se muestra como hipócrita, genera esa justificación por contraste, una suerte de solidaridad, primero con el policía como persona y luego con su accionar. De tal manera que el mensaje que “todo vale para combatir el crimen”, se introyecta en forma inmediata o mediata a través del manejo desde el discurso paralelo.

20. Frecuentemente los intentos de clarificar a la opinión pública sobre la realidad criminológica y la falsedad de una supuesta epidemia delictiva, tienen un efecto contrario y permiten que la “ola de criminalidad” aparezca aún más creíble de lo que ya era sobre la base de las informaciones de los medios de comunicación.

21. Zaffaroni, Eugenio Raúl: “En busca de las penas...” op. cit. ut supra, p. 133. Cf. Mc

personas por la comunicación entre los medios, en la cual éstos no se limitan a proporcionar una falsa imagen de la realidad sino a producir la realidad.

El marco teórico de este mecanismo debe buscarse a partir del Teorema de Thomas, de la “Profecía” que se auto realiza de Merton, de la Teoría del aprendizaje social de Albert Bandura y, fundamentalmente, a la luz de la “Construcción Social de la Realidad” originalmente planteada en la década del '60 en la obra de Berger y Luckmann.²²

Para estos autores y sus seguidores, los efectos de los medios de comunicación y fundamentalmente de las noticias son cognoscitivos, es decir, inciden fundamentalmente en la manera como la persona conoce. La noticia aparece entonces como el principal elemento constructor de la realidad social del individuo, careciendo de razón aquellas teorías que colocan a la información como reflejo o simple selección de la realidad.

A esta altura, se hace necesario precisar esquemáticamente el alcance de “construcción social de la realidad” en la visión original de Berger y Luckmann. En su concepto, el ser humano es el único ser que carece de un ambiente

Quail, Denis: *Introducción a la Teoría de la Comunicación de Masas*, Paidós, Barcelona, 1985, p. 61; Colombo, F.; *Rabia y Televisión. Reflexiones sobre los efectos imprevistos de la televisión*, Gustavo Gilli, Barcelona, 1983 y Dominich, Joseph R.: “Crime and Law Enforcement in the Mass Media”, Charles Winick (ed.), *Deviance and the Mass Media*. Sage, Beverly Hills-Londres, 1978, 105-128.

22. Berger, Peter y Luckmann, Thomas: *La Construcción Social de la Realidad* de Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1968. Sobre el mismo tema: Bandura, Albert: *Social Learning Theory*, Englewood Cliffs/N. J., Prentice-Hall, 1977; Bokelmann, F.: *Formación y Funciones Sociales de la Opinión Pública*, Edit. Gustavo Gilli, Barcelona, 1983, p. 110 y ss.

específico de su especie. Su propia obra fue la que logró humanizar su entorno natural y creó las pautas culturales que ubican a la interacción como la forma de relación con sus semejantes. El hombre vive inmerso en un ambiente social, en una realidad creada intersubjetivamente. Todo conocimiento que el hombre tiene del mundo está mediado por la forma en que conoce y en la actual sociedad de masas, la forma principal que tiene el ser humano de conocer el mundo exterior, lo que allí pasa, es a través de los medios de comunicación. Ellos cumplen la función mediadora y conformadora de su realidad.

Dentro de este marco mediático, el lenguaje y la imagen — como otra forma del lenguaje — tienen un papel clave. Las cosas no son, hasta que son nombradas. Las cosas pueden existir independientemente de nuestros relatos, pero no tienen ninguna significación para el ser humano hasta que se convierten en relatos. El lenguaje junto a la imagen, por intermedio de las Mass Media, constituyen los elementos socializantes básicos del individuo moderno. A juicio de Berger y Luckmann, el lenguaje marca las coordenadas de la vida en sociedad, y llena esa vida de objetos significativos.

Todo conocimiento que se obtiene del mundo está mediado por la manera de conocer del hombre. Esto lo confirma Felipe Arocena²³ al decir que el conocimiento nunca podrá ser un mero espejo del mundo exterior al sujeto cognocente. La representación del mundo exterior que nosotros realizamos es reflejo de la manera en que el sujeto conoce. En la

actual sociedad de masas, la principal forma que tiene el ser humano de “conocer” el mundo exterior es a través de las Mass Media. Los medios de comunicación cumplen la función mediadora ya referida y la realidad que el individuo percibe dependerá — en gran medida — de la información que éstos le suministren.²⁴

En la misma línea, un autor de gran repercusión actual, Miguel Rodrigo²⁵ señala que la influencia de los medios en la construcción de la realidad social no es exclusiva pero sí fundamental y prácticamente única cuando se trata de brindar información acerca del mundo, a la que el individuo generalmente, por sí solo, no puede acceder. Es el caso de la información internacional y muy especialmente de la policial.²⁶

24. Conf. Mamou, Yves: *A Culpa é da Imprensa — Ensaio sobre a Fabricação da Informação*, Edit. Marco Zero, São Paulo, 1992, p. 36 y ss.

25. Rodrigo Alsina, Miguel: *La Construcción de la Noticia*, op. cit. ut supra.

26. Cohen — Seat, Gilbert y Fougeyrollas, Pierre: *La Influencia del Cine y la Televisión*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 10 y ss., expresa que: “Lo que ha cambiado fundamentalmente no es tan sólo el medio técnico, las formas de representación y de expresión del mensaje, sino también, y sobre todo, las relaciones de equilibrio entre esos planos de la realidad humana. En las sociedades del pasado la representación del mundo estaba en una situación hasta cierto punto dependiente de las relaciones del hombre y su medio material, y de las inmediatas relaciones sociales de los hombres entre sí. Hoy en día, la representación del mundo, la imagen concreta y la idea que de él tiene el hombre, parecen ser, cada vez más, productos de una “transformación” informativa de los medios.

En efecto, el conocimiento que prefigura los marcos del saber y de la acción y, por ende, la dotación del hombre en esquemas (su concepción del mundo), depende y emana de medios y procedimientos infinitamente diversos, hasta hace poco casi desconocidos. Al mundo de informaciones reales que ligán los

23. Arocena, Felipe: “La Construcción de Significado en la Vida Cotidiana”, *Relaciones* n. 82, 1991, cit. por Klein, Darío: *Proyecto de Investigación Social: Criminalidad, Medios Masivos e Inseguridad Ciudadana*, vers. mimeogr. Ucu dal, Montevideo, febrero 1993.

Los medios masivos de comunicación se otorgan a sí mismos el papel de meros transmisores de la realidad social. Apoyan tal tesitura en la opinión de algunos autores que ponen énfasis en el carácter complejo de los efectos de las mass media en la opinión pública, en la imposibilidad de elaborar relaciones causales lineales entre ellas y aislar el influjo de los medios masivos de comunicación de otros factores de influencia.²⁷

Esta posición cerrada dificulta la discusión seria del tema de los criminólogos con los responsables de las mass media, ya que éstos difícilmente reconocen o parecen conscientes de que su función es la de verdaderos constructores de la realidad, pero como bien señala el mismo Rodrigo, los propios medios se encargan de llevar a cabo constantemente campañas de autolegitimación que refuerzan ese rol social. Con agudeza Saperas, al consta-

individuos a su medio de forma tradicional, hay que añadir "puros mundos de percepción", producidos sobre todo por los procedimientos de la radio y la televisión. Son esos mundos imaginarios de recreación de la realidad los que, al sobredeterminar lo real inmediato incorporándolo a ellos e incorporándose a él, constituyen la amplia esfera de la información visual contemporánea. Ahora bien, esa información contemporánea, lejos de reflejar y de expresar pasivamente, por decirlo así, las relaciones fundamentales que unen al hombre a su medio y a los individuos entre sí, tienden a determinarlos o, antes bien, a sobredeterminarlos, de una manera a la vez compleja, general y decisiva. Esta relación entre la representación del mundo y sus formas de expresión cambia las condiciones objetivas de la existencia social generando necesidades (incluso normativas) acordes a una realidad creada que poco tiene que ver con la realidad misma, fuera del alcance del destinatario de la información."

27. Kerner, Hans-Jürgen y Feltes, Thomas: "Medien, Kriminalstatistik und Öffentlichkeit. Einsichten und Probleme am Beispiel einer Analyse von Tageszeitungen", Helmut Jury (ed.), *Strafvolzug und Öffentlichkeit*, Rombach, Friburgo de Br.: 1980, 73-112.

tar el mismo fenómeno, define a la actividad periodística como "una actividad profesional especializada en la construcción de la realidad social".²⁸

Precisamente refiriéndose al rol del periodista en la construcción de la realidad social, ha señalado en un reciente trabajo Dario Klein,²⁹ que entre el periodista y la audiencia se establece una relación fundada en un acuerdo comunicativo y en una confianza negociada socialmente definidos y resultantes del hecho de que la construcción de las realidades públicamente relevantes son atribuidas mediante competencia institucionalizada, precisamente a los profesionales de la comunicación. De acuerdo a ello, la noticia no es nunca un espejo de la realidad, sino que es un objeto construido, pese a lo cual la información debe "parecer" espejo de la realidad. Para el individuo receptor, la garantía de verdad radica precisamente en el "acuerdo" y la "confianza" anteriormente mencionadas.³⁰

En el citado esquema, el proceso informativo, instrumentado a través de los medios de comunicación masiva,

28. Saperas, Enric: *Los Efectos Cognitivos de la Comunicación de Masas*, op. cit. ut supra.

29. Klein, Dario: *Proyecto de Investigación Social: Criminalidad, Medios Masivos e Inseguridad Ciudadana*, op. cit. ut supra, p. 5 y ss. Agrega el mismo investigador, que en los noticieros televisivos, esos "bustos parlantes" que son los informativistas, son el signo mediador, el "hombre ancla" como lo llama Luciano Alvarez en su libro *Los Héroes de las Siete y Media*. Su carácter signico queda de manifiesto, en el momento en que termina de hablar y debe mantenerse quieto pese a que la cámara aún lo está enfocando. Esa persona, es el mediador confiable entre el mundo, o lo que en él aparentemente pasa, y el espectador. De él depende, en gran medida, la verosimilitud de la información.

30. Conf. Grossi, Giorgio: "La Legitimidad de los Procesos de Comunicación", *Revista Sociológica Mexicana*, año X, n. 3, México, 1989, p. 32.

descontextualiza los acontecimientos y los recontextualiza en las formas informativas.³¹

Así, la producción de noticias, incluso sobre la criminalidad, se inicia — según el citado Rodrigo — con un acontecimiento. Ese acontecimiento también es parte de la construcción social de la realidad. No todos los acontecimientos llegan al público. Los acontecimientos para convertirse en noticias deben cumplir con ciertos requisitos básicos. Generalmente deben constituir un suceso, algo que rompe con lo cotidiano, que varía o sacude en algo al sistema. Es el "blooper" social. Es lo espectacular y removedor. A la libertad de prensa, tan propia de las sociedades democráticas, se le impone "la totalitaria ley del espectáculo".³²

Si es preocupante concluir que la información construye la realidad social, lo es más constatar que esos acontecimientos que definen la información no surgen espontáneamente sino como resultado de una programada y tendenciosa selección.

3. Generación y manipulación de los miedos y el proceso de formación de la Ley Penal en la experiencia latinoamericana

1. Anticipándose a su tiempo, Wisheart³³ ya en 1922 fue el primero en

descubrir que la opinión publicada (los medios de comunicación de masas) ejercía una influencia considerable sobre la opinión pública respecto de la criminalidad y la justicia penal, incidiendo también sobre la creación de las normas penales.

Esa asociación entre el mecanismo socio-psicológico y la normativa penal fue posteriormente corroborada por otros autores,³⁴ pero es realmente en la obra de Becker³⁵ donde se observa una clara consciencia de este problema. Para este autor, que publicó hace más de veinticinco años su libro *Los Extraños*, el proceso de elaboración de las normas tiene dos características fundamentales:

a) Es un acto de empresa, en el sentido de que implica la puesta en funcionamiento de todo un complejo operativo, donde una persona — a la que llama "cruzado" porque se cree convocado a una misión superior — consigue la adhesión de unos que no tienen intereses tan transparentes como los suyos. Normalmente la actividad del "cruzado" y sus apoyos se ve acompañada por situaciones de incipiente pánico colectivo que son capitizadas realizando una fuerte campaña en la sociedad. Luego se suele nombrar una "Comisión" que permita perdurar el interés en el asunto hasta que se logre la formulación de la ley.

b) Es un acto que requiere publicidad. La imposición de las normas sólo ocurre cuando la conducta desaprobada se hace

31. Cervini, Raúl: *Los Procesos de Decriminalización*, 2.ª Ed., op. cit. ut supra, p. 69 y ss.

32. Conf. Schneider, Hans Joachim: *La Criminalidad de los Medios de Comunicación Masiva*, op. cit. ut supra, p. 86, expresa que los comunicadores intentan lograr expectación y diversion pintando la criminalidad como algo inaudito, enigmático, siniestro, extraordinario y misterioso. El suceso criminal es grotesco; suscita un agradable estremecimiento de horror; hace posibles la complacencia y la altanería moralizantes del no criminal, que puede destacarse del autor del hecho punible.

33. Wisheart, M. K.: "Newspapers and Criminal Justice", Roscoe Pund/Felix Frankfurter (eds.), *Criminal Justice in Cleveland*

(1922), reimpresión: Patterson Smith, Montclair/ N. J., 1968, 515-555.

34. Davis, F. James: "Crime News in Colorado Newspapers" (1952), Stanley Cohen/ Jock Young (eds.), *The Manufacture of News*, Constable, Londres, 1973, 127-135.

35. Becker, Howard S.: "Outsiders Studies in the Sociology of Deviance", *The Free Press*, N. York, 1967, p. 22. En esp.: *Los Extraños-Sociología de la Desviación*, Edit. Tiempo Contemporáneo, Bs. As., 1971, p. 19.

pública. Esa actitud de “pegar el grito” o dar la voz de alarma desencadena y reproduce un proceso muchas veces artificial de “necesidad normativa” que suele ser recogido por los legisladores y los jueces.

Por cierto que el temor no siempre se funda en hechos concretos, sinó más bien, en una percepción subjetiva de una posible amenaza, que se ve fomentada muchas veces a través de campañas orquestadas por los medios. Esto no es gratuito ni casual, pues el temor, además de aparecer como consecuencia social del delito, se convierte en un precipitante colectivo fácilmente manipulable y en un importante factor económico que genera gastos de prevención y seguridad en personas, empresas, instituciones y en el Estado mismo, que recibe efectos surgidos de este miedo.

Los posteriores aportes que se han realizado sobre este tema no son sino desarrollos de estos conceptos originales del maestro norteamericano.³⁶

2. En Latinoamérica estos planteos distan de ser hipotéticos. Son incontables los casos en los cuales los medios de comunicación crearon el ambiente, generaron y fortalecieron el estado subjetivo de inseguridad pública a afectos de propiciar una pretendida solución punitiva o simplemente precipitar la aprobación de reformas legislativas de corte crecientemente represivo.

Entre los numerosos ejemplos existentes dentro de la región refriremos

brevemente a algunas normas aprobadas en el último tiempo o en el proceso de sanción en tres países del cono sur americano: Brasil, Argentina y Uruguay.

a) Ante todo, debe ser citada, necesariamente, la Ley brasileira 8072/90 de Crimes Hediondos. Refiriéndose a la misma, ha señalado Silva Franco que copió fielmente el figurín del Movimiento de “Law and Order”, provocó un desmesurado agravamiento punitivo, conculcó derechos y garantías procesales y derogó el régimen progresivo de cumplimiento de las penas, permitiendo el surgimiento dentro de un Estado Democrático de Derecho, de un Derecho Penal adutoritario.³⁷

Esta compleja e irracional normativa etiquetó con la denominación común de delito “hediondo” un heterogéneo grupo de figuras delictivas que atacan el patrimonio, la libertad sexual o la salud pública, otorgándoles un tratamiento punitivo extremadamente riguroso y desproporcionado. Fuera de toda duda su único punto en común debe encontrarse dentro del contenido irracional del metamensaje, o sea en el inducido y explotado sentimiento de temor que todas estas manifestaciones delictivas pueden llegar a provocar en grandes capas de la sociedad brasileira.

Por qué causa el homicidio no es calificado como un delito hediondo y sí lo es cuando el mismo hecho tiene una connotación de orden patrimonial? — se pregunta la socióloga Eliane do Santos. La respuesta es simple y no debe buscarse en la naturaleza o disvalor

36. Jones, E. Terrence: “The Press as Metropolitan Monitor”, *Public Opinion Quarterly*, 40, (1976), 239-244; Humphries, Drew: “Serious Crime, News Coverage, and Ideology. A content analysis of Crime Coverage in a Metropolitan Paper”, *Crime and Delinquency*, 27, (1981), 191-205; y últimamente los autores de Nueva Zelanda Kelsey, Jone y Young, Warren: “The Gangs Moral Panic as Social Control”, *Victoria University*, Wellington, 1982.

37. Silva Franco, Alberto: “Lei de Crimes Hediondos na Perspectiva del Legislador Penal e do Juiz Criminal” *Fascículos de Ciências Penais*, año 5, V. 5, n. 2, p. 1.144, abr-jun, S. A. Fabris Editor, P. Alegre, 1992, p. 45 y ss. Conf.: Toledo, F. de Assis: *Crimes hediondos (alguns aspectos importantes)*, Livro de Estudos Jurídicos, R. de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v. 3.º, p. 209.

mismo de los hechos, nos dice. Ha ocurrido que los medios han sobredimensionado el impacto social de los secuestros, al punto de que la vida en sí, desligada del bien patrimonio, quedó — a través de múltiples mensajes coadyuvantes — relegada como bien jurídico de menor valor.

Igual tratamiento "privilegiado" han recibido el tráfico ilícito de estupefacientes y los delitos sexuales. Demons-trativamente todos estos delitos calificados como hediondos son aquellos que concentraron durante los dos años anteriores a la promulgación de la ley, el 40% del espacio destinado a noticias policiales en la prensa escrita, el 60% y 56% respectivamente de los espacios del mismo tema en la prensa oral y televisiva del Brasil.³⁸

b) En lo que refiere a la legislación argentina, mencionaremos cuatro ejemplos de similar tendencia pero cada uno de ellos con ciertas características particulares.

b.1) El primero, es el de la Ley antidrogas 23.737. Luego de muchos proyectos tendientes a sustituir la ley 20.771, en setiembre de 1989 se dictó la nueva Ley n. 23.737. Expresa Virgolini que su sanción estuvo precedida de una persistente campaña de los medios de comunicación sobre la gravedad del problema de la drogadicción, el aumento y la extensión del consumo, especialmente en las fajas etáreas más jóvenes, y el peligro que supone el tráfico organizado.³⁹

38. Dos Santos, Eliane: *Informe Preliminar sobre la Influencia de la Prensa en la gestación de la Ley de "Crimes Hediondos"*, versión mimeogr. de Ponencia e Investigación coordinada por la autora presentada al Coloquio de San Pablo sobre Mass Media y Delito, enero, 1991, p. 32 y ss.

39. Virgolini, Julio: "Los Demonios en el Jardín. La Nueva Ley Antidrogas (Ley 23.737)", *Doctrina Penal*, año 12, 1989, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 721 y ss.

Acompasando la campaña de las mas media, durante los dos años anteriores a la promulgación de la ley, los cuadros políticos enfatizaron sobremanera la dimensión internacional del narcotráfico y el peligro de que el país dejase de ser un lugar de tránsito para convertirse en un centro de consumo, dominado por los carteles de la droga. El tema logró así convertirse en una preocupación de primer orden en la comunidad. Sin embargo, nos expresa el referido autor, es dudoso que la magnitud de la preocupación que se suscitó a todos los niveles y el modelo represivo que se concibió como respuesta guarden relación con la dimensión real del problema.

En ese marco inmediateista de respuesta legislativa, entre otros anacronismos legales, se incrementaron en forma desmesurada algunas penas, se incorporaron nuevas incriminaciones para los funcionarios de los servicios de sanidad encargados del control en la materia, en muchos casos soslayando los principios de la culpabilidad penal. También, con el evidente propósito de reducir la base económica del tráfico, y el de mejorar la imagen exterior del país como incipiente plaza financiera, se introduce una nueva figura delictiva dirigida a quienes, sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos reprimidos, intervinieren en la inversión, venta, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes del narcotráfico o de su beneficio económico, siempre que hubieren conocido ese origen o lo hubieren sospechado.

b.2) El segundo ejemplo se vincula también al combate contra las drogas y surge tres años después. Tra cinco meses de renovado interés periodístico en torno al narcotráfico y sus peligros, probadamente inducido y realimentado desde las agencias oficiales de control⁴⁰

40. Sotelo, Rodolfo: "Estrategia de la Regulación de la Droga en la Argentina", *Cuadernos Latinoamericanos*, año 2, n. 4,

en medio de lo que un semanario de noticias calificó como "constatada inquietud social" es sancionada da Lei n. 24.112 el 5 de agosto de 1992. Esta norma, cuyo sentido y programada publicidad cuesta explicarse racionalmente, simplemente modifica el art. 30 de la Ley antidrogas 23.737, reforzando simbólicamente el interés del colectivo social en el control penal de las sustancias prohibidas.

El actual texto impone al Juez, dentro del plazo perentorio de cinco días luego de incautada la droga, la obligación de realizar un acto público en el cual el estupefaciente es destruido en presencia del Juez, el secretario, dos testigos y las autoridades del área respectiva del Poder Ejecutivo que deben ser invitadas especialmente.

Con acierto se ha dicho que esta ritualidad que excede las necesidades de precaución, denota otros significados.⁴¹

La destrucción de la droga ofrece la misma simbología sobrenatural que la hoguera medieval aplicada a las brujas y endemoniados. Esta regresión hacia lo irracional, devuelve a las mass media y — a través de ello — a la opinión pública, una importante cuota de espectáculo, un "acontecimiento informativo natural" que cerrando un círculo perverso realimentará con su vivencia

mediática el interés punitivo de la sociedad.⁴²

b.3) En tercer término, hoy en Argentina podemos ser testigos de otro proceso de parecidas características, en este caso en pleno desarrollo. El Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia de la Nación) se encuentra finiquitando para su remisión al Parlamento un proyecto de ley que tipifica específicamente el "acoso sexual" penalizándolo de dos a cuatro años de penitenciaría.

Esta iniciativa viene siendo rigurosamente preparada por las mass media que realimentan con mensajes convergentes y desde diversos ámbulos de la información ("Framework") el discurso de ciertos sectores sociales ligados al movimiento feminista.

Baste decir que durante la primera semana de junio un mismo periódico matutino de difusión nacional publicó ampliamente un sonado caso de acoso sexual en su página policial, en la página de deportes y en la de espectáculos, probablemente atendiendo a la supuesta naturaleza del hecho y a la calidad de sus participantes.

En los fundamentos del proyecto el Poder Ejecutivo argentino reconoce expresamente que "se ha extendido en nuestro medio una notoria alarma social sobre un proceder denominado vulgarmente acoso sexual, que no encuentra receptividad en ninguno de los tipos legales del Código vigente" más adelante añade: "si bien este tipo de hechos han tomado difusión a partir de denuncias relacionadas con el acontecer artístico, seguramente son moneda corriente, o así lo siente al menos la opinión pública,

Editorial Trobo, Buenos Aires, noviembre 1992, p. 23, El autor reproduce el texto de ocho repartidos a los medios de comunicación elaborados por el Departamento de Prensa de la Brigada de Drogas Peligrosas de la Policía Federal Argentina, que fueron tomados como base en numerosas notas y reportajes aparecidos en los medios de Buenos Aires los días subsiguientes. Es interesante percibir el valor regado de sensacionalismo incorporado por las mass media al momento de la difusión pública.

41. Virgolini, Julio E. S.: "La Ley 24.112. La Demonización de la Droga", *Doctrina Penal*, año 15, ns. 59/60, Editorial Depalma, Buenos Aires, julio-diciembre 1992, pág. 537 y ss.

42. Conf. DIJK, Jan J. M. van: "The Extent of Public Information and the Nature of Public Attitudes towards Crime", Council of Europe (ed.), *Collected Studies in Criminological Research*, t. XVII: Public Opinion on Crime and Criminal Justice, Estrasburgo, 1979, 7-42.

en otros ámbitos donde existen relaciones de jerarquía o dependencia interpersonales".⁴³

b.4) Finalmente, no pueden dejar de citarse las permanentes amenazas del Poder Ejecutivo argentino de presentar proyectos de ley reimplantando la pena de muerte para ciertos casos y delitos. Estos planteos son hábilmente manejados de acuerdo a las necesidades reales o inducidas de un sector del electorado, en todos los casos con la cooperación o tolerancia de los medios de prensa.

c) Describiremos ahora, brevemente, el caso de nuestro país, Uruguay, haciendo referencia a las principales normas cuya gestación se inscribe dentro del mismo esquema.

c.1) El primer ejemplo digno de analizar es el de la Ley 16.058 del 27.8.89 que, obedeciendo a un provocado efecto pendular, representa un claro retroceso ya que acota y desnaturaliza sensiblemente los adelantos logrados por la anterior Ley 15.859 del 31.5.87 de procesamiento sin prisión.

En este caso, la campaña de los medios concentró sus baterías y se estructuró en base a una crítica sensacionalista e irracional a esa reforma legislativa anterior (Ley 15.859) que, con el beneplácito de todos los entendidos, había suavizado el funcionamiento del sistema.

Esta norma se dictó con la feliz idea de aumentar las hipótesis del art. 71 del CPU bajo las cuales cabía la posibilidad de procesamiento sin prisión preventiva.

Por cierto que la nueva norma prudentemente requería que se dieran simultáneamente varias circunstancias: que fuera presumible que no habría de recaer pena de penitenciaría, que a juicio del Magistrado diversos factores y antecedentes hicieran sujeción penal

ni obstaculizar el desenvolvimiento del proceso y que el hecho imputado no hubiere causado o pudiese causar, a juicio del Magistrado, alarma social.

Inmediatamente de su promulgación, los medios destinaron un creciente porcentaje de espacio y tiempo a difundir reportajes sobre el tema, muchas veces abiertamente flechados, o a realizar encuestas de estructura tendenciosa o sugerente. El resultado de las referidas encuestas fue posteriormente publicitado en forma parcial (omisión de áreas temáticas) o distorsionada (omisión de referente, descontextualización, fraccionamiento arbitrario de algunas respuestas, superposición de otras, etc.). Todas estas estrategias conducentes a introyectar en el receptor del mensaje la idea de que gracias a la nueva ley "todos los delincuentes estaban en la calle", "no se puede salir a la calle", "una persona comete cualquier delito y cuando la policía lo lleva ante el Juez, éste lo suelta inmediatamente", "el delincuente se va del Juzgado antes que el policía que lo condujo ante el Magistrado", etc.⁴⁴ La presión de las mass media reunió todas las características señaladas en la primera parte de este trabajo por su intensidad, progresividad, efecto coordinado, acotamiento lógico, "framework", etc.

De poco sirvieron los intentos aislados de algunos centros académicos y asociaciones profesionales, en esclarecer el exacto alcance de la ley, ya que, como también hemos visto, la posibilidad de ensayar con éxito un contramensaje en estos casos es francamente ilusoria pues,

44. Consideraciones preliminares del trabajo inédito de relevamiento crítico de prensa, período junio 1988-junio 1989, realizado por un grupo de estudiantes de Penal 2.º curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, coordinado por los Profs. Raúl Cervini y Adriana Di Giovanni, Montevideo, agosto 1989.

43. Cable internacional de Agenci EFE, fechado en Buenos Aires el 7.8.93.

cuando viene la reacción, ya se está trabajando sobre una situación inducida pero real.

Como respuesta a la referida "alarma social" el 27.8.89 se promulgaba la Ley 16.058 que modifica el art. 1.º de la Ley del 87 agregando nuevos requisitos para que el Juez pueda disponer un procesamiento sin prisión, enfatizándose especialmente su carácter facultativo a criterio del Juez: "podrá no disponerse la prisión preventiva del procesado...", tema que había sido debatido en el ámbito doctrinario y jurisprudencial con la anterior redacción de la Ley 15.859. Incluso, posteriormente a esta reforma, la propia Suprema Corte de Justicia, a través de Circulr de Despacho Administrativo n. 42 de 1990 recomendó "a todos los Jdos. con competencia en materia penal, que al decretar autos de procesamiento, los señores Jueces funden debidamente las razones por las cuales disponen o no la prisión preventiva de los encausados".

c.2) Recientemente, y tras una impresionante campaña de las mass media, fue aprobado — por ambas Cámaras legislativas de Uruguay — un proyecto que deroga el artículo 19 de la Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985, retornando con alguna relevante modificación al régimen legal imperante en el Código Penal con anterioridad a esa norma en lo relativo a las medidas de seguridad eliminativas y al beneficio de la libertad anticipada, en este último aspecto, endureciendo sensiblemente el régimen de otorgamiento previsto en el art. 328 del Código del Proceso Penal.

En lo sustancial, la nueva ley no sólo reimplanta las medidas de seguridad eliminativas sino que también amplía las hipótesis de su posible aplicación. Antes de su derogación por el art. 19 de la Ley 15.737, nuestro Código Penal, en su art. 92, reservaba las medidas de seguridad eliminativas para los delincuentes habituales y para los homicidas excepcionalmente peligrosos. Ahora se modi-

fica el inc. 4 del art. 92 del Código Penal Uruguayo agregando a los violadores.⁴⁵

Al respecto, dice textualmente la Comisión de Seguridad Pública integrada con la Comisión de Constitución y Legislación, en su Informe del 1.12.92 al Senado: "El presente proyecto de ley, añade a las hipótesis mencionadas, el caso de los violadores, manifestación delictiva ésta, que como es de público conocimiento, ha adquirido una magnitud francamente inquietante." Si hay algo realmente inquietante es la ligereza con que algunos de nuestros representantes aprecian y responden a esa supuesta realidad, sin reparar en las consecuencias técnicas de sus innovaciones legislativas.

La consideración de la peligrosidad ya estaba prevista en nuestro Código Penal cuando en su art. 86 expresa que el Juez, al momento de fijar la pena, tendrá en cuenta no sólo la gravedad del hecho sino también la mayor o menor peligrosidad del delincuente.

Confirma Cairoli que el texto legal vigente en Uruguay autoriza al Juez a fijar la pena atendiendo, entre otras cosas, a la peligrosidad si de acuerdo a ello se impone al reo el límite superior o una pena cercana a él. La sociedad — agrega — estará suficientemente protegida de la peligrosidad sin que sea necesario agregar medidas de seguridad eliminativas.⁴⁶

45. Expresa la nueva ley: "... Modifícase el inciso cuarto del artículo 92 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma: "Las terceras, a los delincuentes habituales (incisos segundo y tercero del artículo 48) y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien un agran peligrosidad". ..."

46. Cairoli Martínez, Milton: *Dos Reformas Penales de la Ley de Pacificación Nacional, en La Justicia Uruguaya*, t. 91, p. 5 y ss.

El texto aprobado representa un verdadero retroceso legislativo, el retorno a una de las más criticadas expresiones del Derecho Penal de autor, y esto ocurre, precisamente, en momentos en que el instituto de las medidas de seguridad eliminativas tiende a quitarse en todos los Códigos modernos del mundo.⁴⁷ La tendencia actual es a reintegrar al penado, no a eliminarlo de la sociedad.⁴⁸ Con penas elevadas y medidas de seguridad eliminativas de esta duración y características, la desocialización del imputado está asegurada.

La vuelta al sistema del "doppio binario" supone un grueso apartamiento al Derecho Penal de culpabilidad. Junto a la pena basada de principio en la responsabilidad por acto reaparecen estos "proveimientos aditivos a la pena" que se imponen al imputado, no por sus actos, sino en base a sus características personales.

Pese a los variados intentos realizados en el plano teórico y jurisprudencial para marcar los particularismos de estas medidas con relación a las penas, tanto en lo que refiere a su contenido como a sus fines, en los hechos, las medidas de seguridad eliminativas se traducen en una verdadera extensión de la pena, con carácter abiertamente sancionador y aflictivo.

En nuestro país no puede negarse este carácter aflictivo, pues el propio art. 99 del Código Penal establece que las medidas de seguridad eliminativas se cumplen en la cárcel e implican el régimen de la

pena de penitenciaría establecido en el art. 70 del CPU. Es más, también el Código del Proceso Penal las considera como tales, ya que el art. 255 las suma a las penas para conceder el beneficio de la apelación automática.

En síntesis, la reimplantación de las medidas de seguridad eliminativas constituye un lamentable desacierto técnica-legislativo y así lo entendió una amplia mayoría de integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal cuando éste fue consultado por el Parlamento. Evidentemente sus observaciones no fueron tenidas en cuenta. Esta ley sólo servirá para extender en los hechos la pena más allá de todo lapso técnico y humanamente aconsejable, negar al encausado ciertos beneficios como la libertad condicional y asegurar la definitiva desocialización de éste. Se tiene la desagradable sensación de que la única finalidad que se busca con esta reforma es la de apagar los clamores de un sector del electorado meticulosamente digitado por ciertos medios masivos de comunicación.

c.3) En la actualidad, también en Uruguay, se encuentra a estudio de las Cámaras Legislativas un proyecto de ley presentado por el Representante Daniel Díaz Maynard sobre violencia sexual y doméstica.

Este proyecto ha sido precedido de una impresionante campaña de las mass media en torno a la violencia sexual y doméstica. Una relevamiento sistemático de los medios escritos orales y televisivos durante los últimos seis meses realizado por estudiantes de 5.º año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, demuestra que un 28% del espacio o tiempo destinado a la noticia policial refiere directa o indirectamente a la violencia sexual y doméstica. Este tratamiento periodístico es sorprendentemente desproporcionado con el número real de hechos denunciados de esta naturaleza, incluso conside-

47. Por ejemplo, el nuevo Código Penal peruano, promulgado el 3.4.91 (arts. 71 a 77) y el Anteproyecto del nuevo Código Penal de Ecuador preparado por los Profesores Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raúl Zaffaroni.

48. Es lo que manda el texto de la Constitución Nacional (art. 26) y de la propia ley 14.070 sobre reclusión carcelaria, en su art. 1.

rando el alto número de casos que puede integrar la cifra negra.⁴⁹

Dicha normativa, que se compone de ocho artículos, crea un agravante especial al delito de lesiones y tipifica un nuevo delito de malos tratos cuya existencia, a nuestro juicio, es absolutamente innecesaria, pues las hipótesis que contiene se incluyen sin violencia dentro de otras normas del actual Código Penal. Pero probablemente sus puntos más criticables son la presunción de culpabilidad que contiene su art. 4.º (realmente una presunción de autoría),⁵⁰ y la posibilidad de juzgamiento por convicción moral contenida en el art. 6.º

c.4) Para terminar, se encuentran a consideración del Parlamento otros proyectos de ley, verdaderos anacronismos intelectuales, que propugnan bajar la edad de la imputabilidad penal, e aumento en la penalidad de varios delitos (rapiña, violación), e incluso la penalización de los actos preparatorios en otras figuras. Valga la reiteración: todas estas iniciativas meticulosamente precedidas de una fuerte "inyección de las mass media".

4. Conclusiones

A modo de reflexiones finales, necesariamente provisionales, debemos consignar:

49. Primeras conclusiones de relevamiento crítico sistemático de prensa en desarrollo a cargo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República coordinado por la Prof. Sandra Canedo, Montevideo, 1993.

50. Artículo 4.º. Agrégase al Código Penal el siguiente texto: "Artículo 322 (bis). *Presunción de culpabilidad* — Cuando los delitos de violación, lesiones o maltrato sean cometidos dentro del hogar común, se presumirán autores de los mismos, al esposo o concubino, cuando la víctima sea la esposa o concubina, o a quienes tienen bajo su guarda o tenencia a menores o incapaces cuando las víctimas sean éstos. En todo caso se admitirá prueba en contrario".

1. Hoy día todo el mundo se halla encaminado hacia una sociedad de medios de comunicación de masas, donde la presentación de los contenidos tiene mayor poder que los contenidos y la definición de la realidad juega un papel mayor que la propia realidad. Este fenómeno se agudiza en Latinoamérica, natural importador de información preelaborada, donde diversos factores económicos y sociales dificultan la búsqueda y difusión de mensajes alternativos clarificadores de su propia realidad.

2. El tema redimensiona su importancia cuando se llega al delicado ámbito del control penal. En nuestros países surge con toda evidencia que las mass media no se limitan a difundir los discursos justificadores del ejercicio de todo el poder penal o a generar la ilusión de su eficaz funcionamiento, sino que intervienen en el proceso social al engendrar reacciones con sus noticias y luego informar sobre éstas.

3. La influencia de los medios en la construcción de la realidad social no es exclusiva pero sí fundamental y prácticamente única cuando se trata de información a la que el individuo no puede acceder directamente, como es el caso de la vinculada con el sistema penal y su funcionamiento. En este ámbito los individuos se ven crecientemente determinados, o antes bien, sobredeterminados de una manera compleja, general y decisiva.

4. En Latinoamérica las mass media suelen utilizar su inmenso poder dirigiendo la conciencia social a través de información selectiva sobre la criminalidad. Acomodan la visibilidad social del delito a sus propias necesidades empresariales y dogmas, desconociendo los resultados investigaciones criminológicas responsables y a las reales necesidades del control social. Surge también probado que normalmente descontextualizan los acontecimientos y

los recontextualizan en formas informativas que inducen o reproducen los miedos en el sentido que se desea y generan una necesidad normativa que sirve a sus propósitos y/o coadyuva con los intereses de otros sectores privados o públicos.

5. El estado subjetivo de inseguridad ciudadano surgido del continuo proceso de interacción imaginativa que se da entre la opinión publicada (principalmente generadora) y la opinión pública (retroalimentadora) se traduce inexorablemente en el funcionamiento de la justicia criminal y en la legislación penal. En tal sentido, hemos expresado y procurado probar, que la casi totalidad de las normas últimamente promulgadas o en vías de ello que criminalizan nuevas conductas o incrementan penas, fueron y son sistemáticamente precedidas y acompañadas de intensas campañas de las mass media.

6. En este marco de influjo recíproco merece un cuidado especial la potencial capacidad reproductora de la violencia de los medios. Cuando se requiere una criminalidad más cruel o creciente para poder exitar o manipular mejor la indignación moral, basta con que los medios publiciten exageradamente varios casos violentos "para que inmediatamente los requerimientos de rol y, consiguientemente, ajusten a ellos su conducta quienes asumen el rol correspondiente al estereotipo".⁵¹

51. Zaffaroni, Eugenio Raúl: *En Busca de las Penas Perdidas*, op. cit. ut supra, pp. 135 y 136. Conf. Cohen, Stanley: *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*,

7. Finalmente, aunque en el estado actual de la investigación criminológica sobre los medios de comunicación se puede dar por demostrada la contribución definitiva de las mass media en estos procesos nocivos, no creemos que la solución se encuentre en una restricción impone a las mass media una inmediata revisión responsable de sus procedimientos empresariales y profesionales y a los criminólogos un compromiso acorde a sus conocimientos. La tarea seguramente no será fácil, pero se puede empezar promoviendo un debate honesto y objetivo sobre el resultado de las investigaciones criminológicas y sus consecuencias prácticas. Un diálogo abierto y sin perjuicios puede llevar a un cambio de tesitura y a que los medios de comunicación masiva asuman cabalmente su misión de informar sobre la criminalidad real y principalmente explicar a la opinión pública cuál es o debería ser el límite y el sentido de la intervención penal en un Estado Democrático de Derecho.⁵²

St. Martin's Press, Nueva York, 1980. Expresa este autor que la reacción agresiva de los medios de comunicación de masas ante la delincuencia de bandas satisface el afán de notoriedad de sus miembros y fascina e otros grupos de jóvenes con claros efectos contagiosos.

52. Schneider, Hans Joachim: *La Criminalidad en los Medios de Comunicación de Masas*, op. cit. ut supra, p. 96. El autor sugiere que las noticias referentes a la criminalidad deben ser completadas con informaciones de fondo y documentales que se emitan durante horas de emisión con una alta cuota de audiencia explicando al público en forma comprensible y reflexiva los puntos de vista criminológicos acerca de los problemas actuales de criminalidad.

1 — DOCTRINA INTERNACIONAL

SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO*

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Ciências Penais na Universidade de Frankfurt

1. Situação atual da política de segurança pública — 2. Criminalidade de massas e criminalidade organizada — 3. O enrijecimento do Direito — 4. Questões de fundo — 5. Saídas.

1. Situação atual da política de segurança pública

1. Criminalidade e violência ocupam atualmente o centro das preocupações dos cidadãos da Alemanha. Uma política que adote por divisa "segurança da liberdade" mais que "combate ao crime" também deveria figurar no debate pelo menos com igual prioridade

Tenho a impressão de que o tema segurança pública numa política não-conservadora há longo tempo tem trazido mais dores de cabeça e receios do que despertado interesse. Esta política tende atualmente — quando não consegue remover a discussão de seu caminho — a conformar-se com posições que uma vez mais defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo "violência e criminalidade" a duas questões: a investigação por meio da "grande escuta", isto é, a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas no recesso do lar para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais secretos possam cometer pequenos ilícitos penais típicos do "milieu" onde buscam infiltrar-se.

Esta simplificação dá origem a um cenário de segurança pública perigoso:

Segurança pública, criminalidade e violência vêm adquirindo tanto na opinião pública quanto na percepção dos indivíduos uma importância crescente. Graves transgressões das leis penais e ameaças a bens jurídicos fundamentais infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam. A par disso, o complexo criminalidade e violência adquire hoje uma posição de particular destaque por duas razões:

— Com a "criminalidade organizada", hoje em dia incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: Fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz; sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos.

— Já na criminalidade de massa o Estado investigador mostra sua incapacidade para combater os ilícitos penais. Quando arrombamentos de apartamentos e assaltos nas ruas multiplicam-se epidemicamente, quando o furto de automóveis e bicicletas não mais é combatido mas apenas "administrado" — como pode um tal Estado ainda ter a pretensão de combater a "criminalida-

* Tradução do Dr. Carlos Eduardo Vasconcelos

de organizada”? Seria recomendável incitá-lo a pôr-se em marcha e colocar em suas mãos todos os meios de combate que ofereçam alguma chance apenas razoável de sucesso?

O resultado desta forma de discussão é uma caricatura da real situação e de suas exigências:

— Política criminal reduz-se a política de segurança;

— o aspecto da segurança da liberdade é argumentativamente negligenciado;

— não existe uma proposta progressista de segurança pública;

— os problemas que nós temos com esta segurança são apresentados unilateralmente e vêm-se reduzidos aos desejos policiais de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime.

Nada contra a polícia, apenas ela não pode ser a única voz no coral da segurança pública.

2. Criminalidade e combate ao crime são temas políticos conservadores e adequam-se privilegiadamente a estratégias populistas. Uma política progressista de segurança da liberdade encontra-se no tema combate ao crime há muito tempo de costas voltadas para a parede: não tem nada a sugerir a não ser advertir quanto às restrições à liberdade que o tema comporta

Não é por acaso que inexiste uma proposta progressista de segurança pública. Incidentalmente pesquisas empíricas comprovaram à sociedade que “lei e ordem” são de fato temas políticos conservadores. Demonstrou-se que o tema criminalidade e seu combate constitui um sutil regulador de sentimentos de ameaça na população. Estes sentimentos encontram-se profundamente enraizados e são portanto poderosos. Eles podem ser prontamente ativados ou

despertados sobretudo quando dois fatores convergem na percepção pública:

— A ameaça é ao mesmo tempo difusa e intensa; e a impotência do Estado em controlar a criminalidade é notória.

Ambos estes fatores estão presentes e caracterizam nossa situação atual: C.O. (criminalidade organizada) é um produtor de medo de alta efetividade, os índices de criminalidade aumentam e os de sua elucidação caem. A invocação de Direitos e Liberdades fundamentais no combate ao crime afigura-se nesse contexto anacrônico, ingênuo e teimoso, ao passo que o vocabulário conservador adaptou-se prazerosamente à discussão pública em tais circunstâncias.

É preciso reconhecer que uma concepção de segurança pública garantidora da liberdade se apresenta mal aparelhada não apenas em relação a sua posição na arena política como também no tocante ao conteúdo de seus argumentos. Ela não logrou indicar temas ou prioridades na agenda de discussões; contenta-se em seguir a pauta conservadora imposta pelo momento presente e o respectivo discurso de “necessidade de agir” e limita-se a gestos de discordância e advertência.

O atrevimento e a impassibilidade do arbítrio criminal cruzam incessantemente nossa mídia e nossas cabeças, desencadeando torrentes de intimidação e indignação, que eliminam qualquer concepção de segurança pública asseguradora da liberdade. O crédito progressista que o Tribunal Constitucional alemão nos concedeu há muitos anos em sua festejada “decisão do recenseamento” — na qual o “direito à privacidade dos dados sobre o cidadão” adquiriu contorno de Direito fundamental com assento na constituição — parece agora irremediavelmente esgotado: A proteção dos dados pessoais sofre hoje a mesma corrosão que outros Direitos de liberda-

de na alça de mira do combate ao crime: Recebe o adorno de “exagerado” e o carimbo de “fora da realidade”.

Todavia, uma verdade vale ainda hoje: Uma política criminal, que a longo prazo disponha livremente da asseguaração da liberdade e da proteção dos Direitos fundamentais com o propósito de ceder às exigências de um efetivo combate ao crime, coloca em jogo todas as nossas tradições de Estado de Direito, não importa quem e com que eficácia deva ou possa proclamá-las e defendê-las.

2. Criminalidade de massas e criminalidade organizada

3. Quando atualmente se alude a violência e criminalidade, torna-se necessário distinguir dois campos que, se bem provoquem repercussões públicas semelhantes, distinguem-se radicalmente no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate: criminalidade de massas e criminalidade organizada

“Criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes. As profundas incisões nas garantias tradicionais do poder de polícia e do processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta forma de criminalidade. Isto deforma a situação completamente. Na verdade a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massas. Quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional.

Assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de

bicicletas ou delinquência juvenil crescem, ao passo que sua elucidação policial bem como sua real persecução tendem a zero. Estas manifestações da criminalidade afetam-nos diretamente, seja como vítimas reais ou possíveis. Os efeitos não são apenas físicos e econômicos, mas sobretudo atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo. Trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito. Esta dúvida atinge o cerne da experiência jurídica, abala a expectativa de neutralização de superpoderes sociais em questões centrais da vida cotidiana com os instrumentos do Direito, elimina a chance de que também os mais fracos, os seguidores da lei possam afirmar-se com o auxílio do Direito. Quando nada disso mais vale, não é apenas a jurisdicionalização da proteção jurídica, mas sua própria efetividade que estão chegando ao seu fim.

Agentes secretos, observações policiais prolongadas e outros meios de investigação modernos só ajudam no combate à criminalidade de rua se esta se reveste da forma organizada, o que não ocorre na maioria dos casos. Aqui os remédios deveriam ser de outra natureza, se se quisesse realmente produzir a cura: prevenção técnica, policiamento ostensivo, chances de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas, apenas para mencionar algumas das variadas possibilidades (pormenores em 5 abaixo).

Quando se aborda o fenômeno criminalidade de massas em sede de Política criminal e quando se elaboram estratégias aptas e direcionadas ao seu combate, então a importância da C.O. relativiza-se e o debate se aproxima das necessidades cotidianas dos seres humanos de liberdade e segurança.

4. A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas

As contínuas vivências e narrações de criminalidade de massas condimentam um clima generalizado de medo do crime, impotência do Estado e promessas por parte dos órgãos de segurança pública de que, com um pouco de arrocho, a situação melhoraria. Eis aqui uma mistura altamente explosiva. O certo porém é que nada vai mudar, enquanto a Política criminal real não se debruçar sobre a criminalidade de massas. Este redirecionamento pressupõe consideráveis meios e uma virada na mentalidade político-criminal, nos quais ninguém parece realmente interessado atualmente.

Criminalidade de massas em nosso meio compreende, há muito tempo, arrombamento de apartamentos, roubo e outros tipos de violência contra os mais fracos nas ruas, furto de automóveis e bicicletas, nas grandes cidades o abuso de drogas. Ultimamente surgiu também a violência contra minorias politicamente mascarada. Aqui emergem dois aspectos com clareza cristalina:

— As fontes destas formas de criminalidade situam-se mais profundamente e são consideravelmente mais difíceis de estancar do que, por exemplo, o lucrativo tráfico internacional de drogas e de armas (v. tb abaixo 4, tese 8);

— As formas de criminalidade ora em apreço requerem outros meios de prevenção que os normalmente empregados contra a criminalidade organizada (v. tb abaixo 5, teses 11 e 12).

Salta aos olhos que uma Política criminal voltada à exacerbação e ampliação do arsenal investigatório tem seu centro de argumentação não na criminalidade de massas e sim na criminalidade organizada. Só aqui esta forma de Política criminal pode colher frutos.

Por conseguinte, um novo começo na política de segurança pública não pode prescindir das seguintes condições: conhecimento mais preciso das formas de criminalidade que ora nos trazem problemas, especificação de seus distintos cenários e formas de combate, distribuição bem proporcionada do arsenal teórico e prático entre ambas as formas atuais de ameaça.

5. A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade de massas. Os especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre no que ela realmente consiste. A participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros. Tais características são-nos conhecidas desde que passamos a conviver com criminalidade moderna, estão presentes em praticamente todas as formas de criminalidade e, daí, tornam o conceito supérfluo. Proponho portanto usar a expressão "criminalidade organizada" somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais

O que "criminalidade organizada" realmente é, como ela se desenvolve, quais suas estruturas e perspectivas futuras, não sabemos precisar. A definição atualmente em circulação é por demais abrangente e vaga, sugere uma direção em vez de definir um objeto,

não deixa muita coisa de fora. Pesquisas empíricas, por exemplo, do BKA (Bundeskriminalamt, Departamento Federal do Crime), encontram-se ainda nos seus primeiros passos rumo a um esclarecimento criminológico confiável do que seja o fenômeno.

Uma coisa decerto já é clara a esta altura: C.O. é apresentada desde o início da discussão pública a seu respeito como uma forma de criminalidade com um potencial de ameaça gigantesco e até agora incomensurável. Os meios cogitados para seu combate (pormenores abaixo, 3, teses 6 e 7) são de altíssimo calibre: No mínimo, eles subvertem as estruturas fundamentais do poder de polícia. Daí decorre, em todo caso, que seria contraditório abrigar no conceito de “criminalidade organizada” manifestações criminosas com características habituais, profissionais ou de bando, apenas por serem particularmente perigosas, ou planejadas com grande astúcia ou dissimulação. Aqui não haveria nada de novo, mas apenas o crescimento ou a modernização quantitativa de fenômenos dos quais a legislação policial, penal e processual penal trata desde longa data. Um conceito útil de C.O. precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo.

Este potencial eu vejo no assalto, usurpação ou infiltração de instâncias centrais da ordem estatal, procedido por organizações criminosas. Somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado. Neste momento confundem-se os limites entre criminalidade e combate à criminalidade que constituem um Estado de Direito. Tenho a impressão de que é precisamente esta corrupção da persecução penal estatal por meios criminosos, a exemplo de práticas mafiosas, que de

uma forma inédita nos sobressaltam profundamente.

O delineamento ora proposto significaria um passo decisivo no sentido de se encontrar um núcleo objetivo e palpável de C.O. Desde logo convém assinalar que uma tal concepção não deve ser entendida como um “adiamento” do combate à C.O., ensejado por artifícios terminológicos. Não se há de esperar até que as práticas corruptas e corruptoras se estabilizem para que medidas penais sejam adotadas. O Direito penal e o poder de polícia encontram-se desde longa data equipados com noções tais como prevenção de perigos e delitos de perigo, instrumentos de pronta atuação que não ficam à espera de que o circo pegue fogo.

Esta conceituação visa a um significado mais preciso e rico de conteúdo de C.O., que permita sua abordagem conseqüente e eficaz nos planos criminológico e da política de segurança pública. É imperativo reconhecer que nós nos encontramos ainda num estágio bastante primitivo do nosso conhecimento criminológico e de pré-cogitações terminológicas do fenômeno. Este atraso não deve causar estranheza e nada indica que progressos significativos ocorram a curto prazo, por uma soma de razões:

“Criminalidade organizada”

— é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados);

— compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular;

— intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhe-

cimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas);

— possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço);

— dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Daqui não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implementadas. Esta seria de fato uma posição ingênua. No entanto, uma Política criminal de Estado de Direito deve necessariamente extrair consequências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. Não se lhe pode permitir uma prática atualmente em voga: Compensar ignorância criminológica com intensidade da ameaça e, em situações que considere particularmente ameaçadoras, desferir golpes a esmo desesperadamente.

As consequências a serem extraídas do conhecimento deficiente do objeto de intervenção são os seguintes:

— emprego massivo de pesquisa e conhecimento voltado à delimitação criminológica da C.O.: Se a situação se apresenta ameaçadora, deve-se enviar todos os esforços para vê-la com clareza o mais breve possível;

— emprego mais cuidadoso e prudente de meios mais enérgicos de combate e elucidação: Quem não conhece vê seu alvo com precisão e por isto necessita atirar com chumbo miúdo, deve pelo menos dominar a trajetória do tiro o mais longe possível;

— permanente verificação com auxílio das ciências empíricas, quanto a se e onde os meios de combate alcançam ou não resultado: Quem anda no escuro deve firmar cada passo.

3. O enrijecimento do Direito

6. O medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia, mas também do Direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem apenas limitadamente: o princípio in dubio pro reo; a antes nítida separação entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão; a limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado no poder de polícia e do suspeito na persecução penal; a regra básica da transparência das investigações

O atual debate público sobre Política criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram, a fim de que possam assenhorear-se da C.O. Nada mais falso e enganoso. Precisamente nos últimos anos as autoridades da segurança pública foram equipadas com uma gama de poderosos instrumentos legais coercitivos que vinham incessantemente reclamando. Na Alemanha eles foram acolhidos tanto nas legislações policiais e de ordem pública dos Estados quanto nos códigos penal e de processo da federação: agentes secretos, testemunhas da coroa (aquelas que, em troca da revelação do crime e seus autores, têm a sua própria participação perdoada ou tratada com benignidade), observação policial prolongada da vida das pessoas, escuta telefônica ampliada, proteção de testemunhas (que restringe a ação da defesa), captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala, licitações para a prática da observação policial, escuta por meios eletrônicos, penas patrimoniais, punibilidade da lavagem

de dinheiro. O que agora se pede (v. tb tese 7) não é pouco, mas em vista do já concedido, uma bagatela.

Vista da perspectiva dos acontecimentos reais, o rumo de nossa discussão deveria ser dirigido no sentido de que as autoridades da segurança pública viessem a público esclarecer qual o êxito que elas obtiveram com os instrumentos legais postos a seu dispor. Com base nestas experiências práticas poder-se-ia discutir mais racionalmente sobre a aptidão destes instrumentos para seus fins. Em vez disto, os setores liberais e progressistas da opinião pública vêm-se na mesma situação defensiva de antes, isto é simplesmente vociferam contra a concessão de meios irrecusáveis para o combate à criminalidade organizada. Este é mais um sintoma da fraqueza argumentativa de uma política de segurança orientada para os Direitos fundamentais a que já aludimos acima (tese 2).

Os instrumentos legais coercitivos aqui enumerados produziram fundamentais mudanças nas nossas tradições de Estado de Direito nos campos policial, penal e processual penal. O “combate preventivo ao crime” como objetivo da atividade policial acaba por aplinar os limites entre prevenção e repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então separaram nitidamente os domínios policial e processual penal. Métodos de investigação tais como escuta telefônica, observação policial, apurações secretas e captação de dados estendem-se necessariamente e em regra a terceiros não-partícipes, até então uma nítida exceção. A freqüente inclusão nas investigações dos chamados “elementos de contato” visa na verdade a esta intromissão. Todos estes meios são utilizados nas costas do atingido, subrepticiamente: Até o presente as investigações eram por princípio abertas — já para que o atingido pudesse cuidar de sua defesa a tempo. As chamadas

“pré-investigações” removem os limites de intervenção delineados pela noção de indício, que tradicionalmente serviu para legitimar transtornos na vida de pessoas inocentes, somente aceitáveis mediante pressupostos e balizas claros. A pena patrimonial transfere doravante para o atingido o encargo de provar a decência dos seus ganhos.

Não defendo pura e simplesmente um recuo destas mudanças. Sugiro apenas que não se perca de vista o caminho até agora percorrido, quando de novo se discute mais medidas coercitivas e exacerbações.

7. Há no momento principalmente três novas reivindicações de coerção: a introdução da chamada “grande escuta” como meio instrutório no processo penal; o direito de agentes secretos cometerem infrações penais típicas do “milieu” onde atuam; emprego de meios e dados dos serviços secretos de informações no combate à criminalidade. A satisfação destas reivindicações muito provavelmente não trará muitos benefícios mas certamente realizará enormes estragos

É muito difícil formar uma opinião fundamentada sobre as reivindicações das autoridades de segurança pública no sentido de mais meios coercitivos, enquanto não se sabe o que de positivo ou negativo os meios coercitivos já disponíveis trouxeram. A própria circunstância de que não se prestem contas dos passos já dados, antes que novos passos na mesma direção sejam autorizados, já torna as reivindicações altamente duvidosas. E aqui a carência de informações e dados não se reduz a um querer saber meramente teórico, mas indicia a suspeita de que meios coercitivos sejam simplesmente amontoados para o desfrute de seus titulares.

Salta aos olhos que as intervenções abrangentes até agora concedidas pelo

legislador não são tão eficazmente abrangentes do ponto de vista criminalístico. A escuta telefônica depara avanços na tecnologia de informações, o armazenamento de dados pessoais em larga escala esbarra na modificação de comportamento das pessoas procuradas, os agentes secretos têm problemas quando devem agir entre grupos étnicos minoritários. É bastante presumível que os mesmos problemas surgiriam com os meios coercitivos atualmente na pauta de reivindicações. O Direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado; isto vale com mais ênfase no tocante às medidas de força do inquérito policial. O Direito processual penal não se adequa a pátio de estacionamento para depósito ou empilhamento de faculdades coercitivas. Antes que estas faculdades sejam distribuídas, é preciso saber para que servem e até onde alcançam.

Os argumentos relativos a cada uma das novas reivindicações de arrocho foram amplamente apresentados e são conhecidos da opinião pública. Neste passo, desejo apenas descrevê-los sucintamente.

Pode até ser que a efetividade do combate ao crime cresça com estes novos instrumentos; maiores pormenores não são porém conhecidos. Sabe-se apenas, e com pormenores, quais as tradições do Estado de Direito deverão ser sacrificadas para a obtenção deste objetivo:

— Quando a casa do cidadão (sim, agora já não se tratará apenas do “indiciado”, como sempre foi, mas na melhor das hipóteses, de “suspeitos”) passa a ser franqueada indiscriminadamente às intervenções estatais, aí o Direito fundamental do art. 13 da Carta Fundamental (inviolabilidade do domicílio) perde seu âmbito de vigência: O que mais, se não este recinto, constitui o núcleo da privacidade individual?

— Quando funcionários policiais no desempenho de seu trabalho passam a legalmente poder cometer infrações

penais, aí então desaparece para o cidadão a nítida fronteira entre criminalidade e combate ao crime, e a superioridade moral do Estado frente à delinquência se esvai. Para mim, os recentes eventos de Bad Kleinen (morte a tiros, em circunstâncias a princípio pouco esclarecidas, de um suposto terrorista da RAF em confronto com a polícia, que a ele chegou graças a um agente infiltrado, e que culminou, pelo só fato da veiculação de informações inverídicas à imprensa, com a renúncia ou demissão do Ministro federal da justiça, do Procurador Geral federal e do chefe do serviço de informações, N. do T.) confirmaram o postulado de que o Estado não pode dar a aparência de usar os mesmos métodos daqueles que ele, com boa razão, persegue justamente devido ao uso destes métodos.

— Quando se autoriza que os serviços de informações possam participar da investigação criminal com os meios que lhes são específicos (presumivelmente mais efetivos), então será o fim da transparência e do controle; não apenas para os atingidos, mas para toda a opinião pública e até para os políticos.

Lamentavelmente, nós já nos habituamos a uma técnica enganosa de avaliação: Quando uma ameaça nos parece particularmente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os Direitos fundamentais (como o mencionado art. 13 da Constituição) ou tradições outrora intocáveis (como a necessária separação entre polícia e serviço de informações). No entanto, uma cultura jurídica não se constrói mediante tais técnicas de avaliação (que, nas situações concretas, não deixam nenhuma chance de sobrevivência aos princípios jurídicos fundamentais), e sim na estabilidade daqueles princípios que nós reputamos indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise. Já não sobram muitos destes princípios hoje em dia.

4. Questões de fundo

8. *O fato de que criminalidade e violência ocupem papel de destaque em nossas preocupações atuais remete-se a causas ou origens que, a longo prazo, são estáveis. Elas são uma parte de nossa vida diária.*

Os filósofos sociais falam hoje de “sociedade do risco”, referindo-se a que nós na vida diária nos defrontamos com crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis. A complexidade de nossas relações sociais é antes de mais nada vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados. Os grandes riscos da tecnologia moderna, da qual dependemos, afiguram-se-nos incontroláveis e produzem um clima generalizado de ameaça, de estarmos entregues à própria sorte.

Os filósofos sociais falam hoje de “narcisismo” referindo-se ao fato de que as normas de nossa vida diária tornaram-se quebradiças e sem força de persuasão. Instituições de controle social, como o mundo profissional, a vizinhança, a escola, perderam sua força para fixarem obviedades normativas da vida em coletividade. Normas de conduta pré-concebidas, que não precisem ser cada vez questionadas e que se compõem de um emaranhado de regras não discutidas, tornam-se anacrônicas. No seu conjunto, a tendência atual caminha para o isolamento e a “des-solidarização”, para um fortalecimento social dos já fortes e um enfraquecimento dos fracos.

Não é preciso orientação acadêmica para que cada um possa ver os processos que fomentam estas tendências nos dias em que vivemos. Lembrarei apenas alguns fatores que tornam o futuro de um crescente número de seres humanos incerto: a escassez de vagas na escola

e no trabalho, a redução dos salários e o aumento dos aluguéis e despesas com seguros e saúde — tudo isto relacionado com uma “economicização” do nosso dia-a-dia; as chances crescentes dos espertos ficarem ricos e subirem na escala social e o correspondente empobrecimento dos demais.

Estas tendências são responsáveis também por nossas concepções frente à criminalidade e à violência. Levadas aos seus extremos limites, estas tendências produzem uma alteração de longo prazo das normas sociais, das quais as normas jurídicas dependem para sua observância fática e sem as quais as normas jurídicas não conseguem nenhum resultado: Para exagerar na linguagem, num mundo de diabos nem a polícia nem o Direito penal têm alguma chance.

Por outro lado, fenômenos superficiais como as exposições de violência na televisão, tidos como responsáveis pelas tendências descritas, são menos as fontes do que já manifestações do mal. Acaso tivéssemos uma outra concepção da violência, estas exposições não encontrariam espaço nos programas e sua eliminação da telinha atingiria menos a mensagem que o mensageiro.

9. *Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência de circunstâncias da “des-solidarização” e intranquilidade sociais.*

Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Estes sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos Direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só toleráveis como objeto de

exigência da população. Porém, não existe a mais remota relação causal entre ameaça e sentimento de ameaça, pelo contrário: Há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira.

A política de segurança pública deve portanto não apenas considerar as causas da criminalidade e da violência como também levar em conta os múltiplos fatores da sua percepção social. Isto complica o problema à primeira vista.

As pesquisas empíricas neste tema ainda não descenderam a pormenores. Mas já se tem como certo que os fatores que criam e fomentam os sentimentos de ameaça têm suas causas remotas nos processos de erosão das normas sociais, de isolamento individual e de “des-solidarização”. Numa palavra, estes fatores resultam de desestabilização normativa. O sentimento de ameaça não se concentra em agressões criminosas; ele é difuso, estende-se em múltiplas direções. Por conseguinte, a fundamental diferença entre ameaça da criminalidade e sentimento de ameaça não exigiria afinal qualquer diferenciamento numa política de segurança pública e chegaria à mesma conclusão estratégica para uma Política criminal e de segurança pública de longo prazo: iniciar e favorecer processos de solidarização e estabilização das normas.

5. Saídas

10. Se meu balanço da situação for pelo menos aproximadamente válido, então não existe nenhum remédio de cura completa e imediata, nenhum tratamento de choque eficaz. A saída correta passa preferentemente por uma política de segurança pública pragmática, diferenciada e voltada para o futuro

Criminalidade e medo da criminalidade têm raízes profundas e ramificadas. Por isto, é inadequado e equivocado

reduzir a discussão sobre a correta política criminal e de segurança pública aos meios de investigação acaso constantes da nova lista de desejos das autoridades de segurança pública. A consequência desta redução é a expectativa de uma população atenta e de boa-fé, de que os problemas da criminalidade e da violência resolver-se-ão mediante a distribuição farta de poderes investigatórios. Isto seria uma fraude, qualquer leigo o percebe. Portanto, cumpre romper os parâmetros tacanhos da discussão e tentar compreender as verdadeiras dimensões que uma política de segurança apresenta na atualidade.

O que isto concretamente significa, penso demonstrar em três pontos.

Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também uma Política criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. Conforme as questões de fundo permitem entrever (supra 4, teses 8 e 9), política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão-de-obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira Política interna bem definida, sincronizada e coordenada.

Discussões em torno da política de segurança precisam ser pragmáticas. Com esta afirmação, não quero referir-me apenas a um distanciamento frente às indagações científicas da Criminologia que, por certo, só atingem resultados sólidos se conseguem desligar-se das questões prementes do dia-a-dia. Refiro-me sobretudo a uma disposição de romper com os limites estreitos da discussão, ora concentrada em posições dogmáticas cristalizadas do tipo “contra” ou “a favor”, a exemplo da “grande

escuta” ou das “infrações penais típicas do *milieu* e tantos outros meios exacerbados de corrosão dos Direitos fundamentais. Cumpre-nos abrir os olhos e dirigi-los sem vendas para os problemas da criminalidade e da violência que efetivamente estão à nossa frente, e então indagar que meios poderão funcionar contra eles.

Pragmática significa também assegurar-se dos efeitos reais decorrentes das decisões de política de segurança e, se necessário, efetuar as devidas correções aconselhadas pelos efeitos verificados. Até a presente hora está valendo o seguinte: Desde quando nos decidimos pela introdução de meios coercitivos, estes permanecem em geral vagando pelos códigos e pelo mundo e seguem sua sina sem nenhum controle ou conhecimento. Política exercitada com pragmatismo, ao contrário, considera não apenas o êxito e o fracasso dos efeitos desejados, mas também os efeitos colaterais não desejados mas necessariamente causados. As louváveis resistências contra as alterações atualmente cogitadas para a política de segurança devem considerar em seus programas não apenas os arrochos, mas também recuos, correções e amenizações.

Por fim, uma resposta política à violência e à criminalidade deve ser capaz de reconhecer distinções. Isto diz respeito, como atrás mencionado (2) à diferenciação entre os diversos tipos de criminalidade, hoje sobretudo a criminalidade organizada e a de massas. Mas diz respeito também às dimensões temporais da política. É óbvio que, em vista das atuais ameaças, não se pode pensar apenas em processos de mudanças de longo prazo. Mas é também igualmente óbvio que medidas de curto prazo só podem ser avaliadas e mesmo discutidas numa perspectiva de longo prazo. Lamentavelmente, nossas políticas de segurança atuais não têm projetos de longo prazo.

11. A longo prazo, os efeitos da sociedade de risco não serão controlados por meios políticos, sequer político-criminais. Todavia, nossa política de segurança pública pode e deve, no âmbito de suas possibilidades, diminuir a “des-solidarização” da sociedade e amenizar suas conseqüências para os seres humanos

Processos de erosão de normas, economicização ou “des-solidarização” (tese 8) são certamente impenetráveis à intervenção política direta. Se assim não fosse, abrir-se-ia a questão de se e até que ponto seria desejável reverter estes processos. Não se pode “revogar” a modernização, apenas conviver com ela.

Todavia, uma política de segurança no contexto de uma política interna pode amortecer ou repartir certos efeitos indesejáveis da modernização, pode estimular tendências de segurança e solidarização ou, na pior das hipóteses, omitir a conduta oposta. Aqui se cuida das chances de vida dos mais fracos, das crianças, dos jovens, dos velhos e das minorias étnicas. Neste contexto, convém lembrar uma verdade que não é de hoje, de que Política social é a melhor Política criminal. Não se trata de elaborar programas caros e ambiciosos, que em parte até já existem. Trata-se sobretudo de reconhecer as bases social-políticas de uma política de segurança e, de posse deste conhecimento, dirigir pelo menos uma fração das energias, da fantasia e dos recursos que nós atualmente estamos dispostos a empregar em objetivos de segurança de curto prazo, para uma perspectiva de longo prazo. Também no conceito desenvolvido por Habermas de um “patriotismo constitucional” eu vejo um caminho para solidarização a longo prazo. A existência, a harmonia a igualdade e a justiça de uma sociedade se define por parâmetros não apenas econômicos, mas também normativos. Os direitos civis fundamentais de nossa constituição e da tradição européia

podem converter-se, mais ainda na Alemanha em função dos problemas de nossa história recente, num fermento sobre o qual poderiam crescer um espírito comunitário e uma consciência solidária dos cidadãos. O óbvio e irrecusável respeito pelos direitos do outro constitui-se também numa eficaz barreira contra a dissolução da sociedade e o resvalamento para a criminalidade. Isto deveria levar-nos a pensar um pouco, quando colocamos nos pratos da balança eficácia policial e Direitos humanos.

Uma última observação sobre uma perspectiva de longo prazo da política de segurança. Nossas discussões atuais favorecem o aspecto "segurança" em detrimento do aspecto "política". Com isto quero dizer sobretudo que nós fixamos apenas um dos olhos nos elementos de um controle da criminalidade tecnicamente eficiente, ao passo que aspectos normativos, tais como pressupostos de longo prazo da segurança, alternativas ou custos deste controle atraem nossa atenção apenas marginalmente. Uma repolitização do debate sobre política de segurança teria porém também o efeito de que ele voltaria a ser conduzido pelos cidadãos interessados mais que pelos *experts*: questões gerais e não apenas criminalísticas saltariam para o primeiro plano.

Decerto os indicadores atuais não favorecem esta postura. Os desenvolvimentos recentes compreendidos na expressão "fastídio da política" indicam que o meio Política vem perdendo seu vigor na administração de problemas, que este indispensável meio de solução de problemas tendencialmente se decompõe na percepção da população. O fenômeno é altamente perigoso para a Política interna. Pois precisamente neste setor é onde se faz mais indispensável uma política estatal racional voltada para o futuro. A sociedade não pode resolver os problemas da violência e da criminalidade sozinha.

12. A médio prazo precisamos introduzir na Política interna razão pragmática em lugar de guerras de trincheiras e guerras de crenças. Precisamos responder diferentemente a diferentes formas de criminalidade, devemos realizar experimentações controladas e abandonar passo a passo caminhos percorridos que não deram certo.

A pragmatização da política de segurança é uma perspectiva que não se alcança num só dia, mas pode desde já começar e, em muitos aspectos ela já está em curso.

A renegação de posições simplistas abrirá o horizonte para as concretas distinções entre manifestações da criminalidade e possibilidades de reação. Este novo cenário poderá motivar as forças atualmente comprometidas com reivindicações rumo ao novo a que se engajem na cooperação e no aproveitamento das múltiplas possibilidades de combate à criminalidade desde já ao nosso dispor.

Aqui se cuida — e este é o primeiro aspecto — de recursos concretos e não apenas legais. Nossa polícia, por exemplo, retira-se para a retaguarda na luta contra o crime em favor das empresas de segurança precisamente no campo das formas de criminalidade que mais, imediatamente, atemorizam os cidadãos. Este fato constitui-se num escândalo da política de segurança e num perigo para o Estado de Direito. Aqui se privatiza um campo que é o cerne do Estado e isto tem conseqüências: desigualdade entre os ricos e os pobres no tocante à proteção contra o crime; perda da sujeição à lei, da proteção dos Direitos humanos e do controle do Estado de Direito no combate ao crime.

Uma política de segurança pragmática fará face a este problema a médio prazo não apenas e não primordialmente com reformas na legislação policial ou processual penal. Deve antes de mais nada dedicar-se a soluções próximas ao problema: dotação e presença ostensiva da

polícia, aprimoramento da política de recrutamento, formação e remuneração, favorecimento da prevenção técnica, regulamentação do acesso aos serviços de segurança privada e de sua fiscalização, maior ênfase do fator humano na polícia que do fator tecnologia de informações, e assim por diante. Estou convencido de que, só com estes meios já estaremos atingindo uma proteção mais eficaz do cidadão contra a violência.

Como segundo aspecto de modificações de médio prazo na política de segurança pública gostaria de lembrar algumas propostas atualmente correntes, no sentido de atenuar a tensão na área de segurança pública, mediante uma redução do âmbito do Direito penal aos setores que realmente pode combater, noutras palavras, descriminalizar os setores onde o Direito penal enganosamente tranqüiliza, mas em verdade atua contra-produtivamente: particularmente no âmbito da política de drogas. Tais propostas já estão colocadas sobre a mesa, pelo que pretendo apenas situá-las no contexto de que aqui se cuida. A política das drogas é um dos poucos campos onde a criminalidade organizada e a criminalidade de massas se encontram: C.O. compreende o comércio internacional de estupefacientes; por outro lado, o pequeno tráfico e outras formas de criminalidade que os dependentes das drogas praticam para manterem seu vício constituem uma boa fatia da criminalidade de massas. Portanto, é preciso encontrar aqui uma saída urgente no campo da política de segurança.

Esta saída conduz para fora do Direito penal das drogas rumo a uma concepção de saúde pública do problema das drogas. O incomensurável sofrimento dos atingidos e dos seus, o temor dos pais por seus filhos, os imensos custos de toda natureza que todos nós temos que suportar — tudo isto nós devemos fundamentalmente creditar à singular circunstância de que nós reagimos ao problema das drogas com

proibições e castigos ao invés de ajuda e assistência. O mercado negro agradece sua existência à ilegalidade. Ao mercado negro se devem os exorbitantes lucros e as fabulosas fortunas dos *dealers*, mas também as contaminações, mortes, miséria diária e sedução dos dependentes. Não defendo “heroína na próxima drogaria”. Defendo sim uma “saída à francesa”, gradual, do Direito penal das drogas em favor de experimentações controladas, que acompanhem passo a passo esta retirada. Pragmatismo sensato não é o nosso ou-isto-ou-aquilo dogmático, mas um passo a passo que a cada etapa dê uma chance para o aprendizado através da experimentação e a formulação de novas decisões. No final do percurso poderá desvendar-se com mais sensata uma política de drogas como a que já praticamos para o tabaco, o álcool e os medicamentos: controle estatal rigoroso, flanqueado também por disposições penais, tanto da produção quanto da distribuição diferenciada destas substâncias perigosas, repúdio moral generalizado pelas drogas, ajudas diferenciadas aos dependentes.

Isto nos conduz para um último aspecto da estratégia de médio prazo. Mesmo uma política pragmaticamente orientada não trará a médio prazo solução para o problema das drogas, se com “solução” se pretender a eliminação total das drogas. Desde que existam seres humanos na face da terra existem drogas, e enquanto existir seres humanos vivendo em sociedade também existirá a criminalidade. Justamente a correta compreensão do medo da criminalidade (tese 9) permite a uma visão não estreita dos fatos perceber que — ao contrário das simplificações populistas — a “erradicação” da droga ou da criminalidade em geral é uma meta inalcançável do ponto de vista criminológico e insuportável para o Estado de Direito, senão vejamos:

Sempre foi uma marcante característica do pensamento autoritário (por último na Política criminal da extinta

Alemanha Oriental) acalentar a população com a cantiga da “sociedade isenta do crime”. O reverso da medalha (que é o que conta na elaboração da política de segurança) consiste na obstinação em produzir esta “purificação da sociedade” mediante iterativos arrochos nos parafusos do controle social (que não terão fim, já que a meta jamais será alcançada). Uma política de segurança pública pragmática, ao contrário, deve convencer-se do fato de que a criminalidade, mesmo a médio prazo, vai continuar existindo. Somente assim será possível articular equilibradamente eficácia técnica com proteção dos Direitos Humanos, de maneira que os direitos dos atingidos não se afigurem como custos evitáveis do bom trabalho policial.

13. A curto prazo, devemos novamente aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e a proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser guarnecidas com instrumentos que permitam o seu controle.

Com isto, estou de volta ao início da discussão. A curto prazo o debate acerca da segurança pública deve ser ampliado em seu conteúdo para abranger a dimensão da segurança da liberdade e dos Direitos fundamentais, negligenciada no calor das paixões com que as posições são defendidas (supra 1, teses 1 e 2). Esta necessidade deixa-se concretizar em sentido técnico e normativo.

Do ponto de vista normativo, cumpre resgatar sem ambigüidades o valor tradicional dos Direitos Humanos que, historicamente, surgiram no campo da segurança pública como resistência aos abusos do Estado e não como barreiras a serem removidas para um “sensato” trabalho policial. Isto significa, por exemplo que o núcleo dos Direitos fundamentais volte a ser considerado indisponível

e portanto subtraído à livre disposição do Estado, inclusive ou sobretudo em tempos de crise; que a tradição de nossa cultura jurídica não seja cada vez mais corroída e negociada pela esperança de investigações eficientes.

Isto significa, em outro exemplo, que nós de uma vez por todas deixemos de acreditar na lenda, segundo a qual os meios de coerção cogitados atinjam apenas “o criminoso”, como se houvesse uma linha demarcatória para tais coerções, capaz de excluir os bons cidadãos dos “outros”. Como toda lenda, esta também seria muito boa, mas lamentavelmente a realidade é outra: Acaso tivéssemos o “criminoso” (ou o “ladrão”, o “bandido”, o “traficante”, qualquer que seja o estigma), não haveria necessidade de investigação, e, já que investigamos, não se trata de “criminoso”, mas quando muito de suspeito ou elemento de ligação, porque na Europa a presunção de inocência continua valendo. Mesmo a curto prazo, aqueles que participam do debate deveriam abster-se destas manipulações verbais. Já do ponto de vista técnico, não se trata de tradição e sim de fantasia e criatividade. Cumpre imaginar possibilidades de assegurar os Direitos fundamentais sem inviabilizar a atividade investigatória. Estas possibilidades na verdade já existem, nós é que nos ocupamos muito pouco delas em nossas guerras de crenças. Aponto apenas alguns exemplos, que podem ser agrupados segundo duas metas: concentração e controle. Provavelmente existem outras metas para a limitação dos meios coercitivos e com toda a certeza existem outros exemplos.

Quanto mais precisa a coerção em relação ao seu alvo, mais ela se torna tolerável, porque produz menos estragos normativos. Acaso fosse possível atingir sempre e somente o “criminoso”, como o eufemismo sugere, então nosso problema perderia seu objeto; porém conseguimos na melhor das hipóteses alcançar meros suspeitos, isto é, inclusive inocentes ou mesmo terceiros não-participes.

Nosso Direito coercitivo já consagra este princípio da concentração da intervenção ao vincular a medida coercitiva à presença de indícios. Também no campo do direito da proteção de dados, o princípio da vinculação ao fim, segundo o qual os dados só podem ser empregados no propósito para o qual foram coletados, deveria favorecer a concentração da intervenção; deveria, ressaltar, porque ele está todo perfurado de exceções. Por fim cumpre mencionar a elaboração de um catálogo das infrações penais para as quais medidas como escuta telefônica e confronto de dados se legitimam; isto favorece a concentração das investigações em um alvo o mais delimitado possível: Quanto maior precisão no atingimento do alvo, mais tolerável juridicamente será a intervenção.

Neste campo ainda seria possível colher outros exemplos. No entanto, a tendência atual não se dirige para a concentração, antes se inclina para a teoria, segundo a qual a polícia deve utilizar tudo o que caia em suas garras: Achados "casuais" não são intencionais, mas sempre agradáveis. Sendo assim, é compreensível a desconfiança geral tibutada à atividade investigatória. A caso fôssemos mais rigorosos na utilização das informações, aprimoraríamos o acerto no alvo e, assim, poderíamos ser mais generosos na busca e obtenção de informações. Concretamente no tocante à C.O. (admitindo-se um acordo acerca deste conceito): Acaso fossem as informações aproveitáveis apenas em fins previamente definidos, então só se poderia agir faticamente quando o acerto no alvo fosse altamente provável e deste modo a restrição ao Direito fundamental seria mais aceitável.

Também a categoria do controle já é conhecida no nosso direito coercitivo, por exemplo na competência jurisdicional para autorizar certas coerções ou na tutela jurisdicional contra a sua efetivação. Aqui também se podem imaginar aprimoramentos. A regra básica deveria

ser: Quanto menos uma restrição aos Direitos fundamentais for controlável — pelo atingido e pela coletividade — mais inaceitável ela será do ponto de vista normativo. Este é aliás um dos argumentos contra o emprego dos serviços secretos de informações no nosso campo.

Nós desenvolvemos o mal hábito de bisbilhotar demasiadamente o varejo e o espetacular da polícia e da justiça e de não olhar com a necessária atenção o seu atacado. De qualquer modo, considerando a ameaça representada pela criminalidade organizada e as pretendidas exacerbações nos meios investigatórios, seria recomendável que as autoridades ensajassem a participação da coletividade pelo menos a nível informativo através da prestação de contas periódica dos êxitos e fracassos, utilidade e custo de suas medidas coercitivas. Certamente a prestação de contas não se faria designando casos concretos ou nomes, e sim apresentando um balanço transparente de suas atividades concernentes à restrição de Direitos fundamentais com fins investigatórios. Esta sugestão constituir-se-ia num exemplar experimento controlado, válido para uma fase de transição rumo à elaboração de uma política criminal fundada na experiência. É previsível um significativo interesse público nestas informações, a depreender da prioridade que a violência e a criminalidade assume nas preocupações diárias. Em todo caso, a iniciativa deveria compreender o Direito de requisição e vista das informações em favor de parlamentares ou pessoas comissionadas pelos cidadãos, sempre assegurando-se a anonimidade dos casos concretos.

Dir-se-á que estas propostas não se adequam ao nosso sistema. A esta objeção cumpre responder: os novos meios coercitivos também não. Se nós queremos avançar numa política de segurança pública digna do Estado de Direito, é preciso que também as autoridades da segurança pública aprendam a percorrer novos caminhos.

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

Advogado Criminal e Professor de Processo Penal da
Universidade Federal da Bahia e Membro do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais.

1. Considerações iniciais — 2. Tipicidade — 3. Sanções — 4. Extinção da punibilidade — 5. Conclusões

1. Considerações iniciais

A história recente do Brasil revela uma utilização abusiva do Direito Penal. Vivemos uma inflação legislativa ao lado da inflação econômica, basta citar, dentre outras, a “Lei dos Crimes Hediondos” (Lei 8.072, de 25.7.90), o “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Lei 8.069, de 13.7.90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), a lei que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo” (Lei 8.137, de 27.12.90) e a “Lei de Reforma Tributária”, que criou a UFIR (Lei 8.383, de 30.12.91).

Contrariando os princípios básicos do Direito Penal Moderno, o Direito Penal vem sendo usado como instrumento geral de controle, esquecendo-se o seu caráter subsidiário, como último recurso de que se deve valer o Estado depois de haver lançado mão de todos os demais instrumentos de política econômica ou de controle de que dispõe. Talvez este movimento esteja ligado àquela visão “ingênua e mágica”, de que fala o prof. Norberto

Spolansky da Universidade de Buenos Aires, segundo a qual “com o Direito Penal se pode resolver todo tipo de problema, desde a proteção da vida até a solução da inflação”.¹

No âmbito econômico, como consequência do dinamismo da sociedade moderna, chegou-se à configuração de bens jurídicos chamados “difundidos ou difusos”. Na visão do Prof. Juan Ramírez, Catedrático da Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha e de Santiago do Chile, esses bens jurídicos não estão diretamente ligados à pessoa e sim ao funcionamento do sistema, por conseguinte, têm caráter macrossocial, ao contrário dos bens jurídicos próprios à dogmática tradicional, que têm caráter microsso, pois se referem às relações de uma pessoa com outra e daí, são de tão fácil e elementar delimitação. A gravidade da ofensa aos bens jurídicos referentes à coletividade está em relação direta à maior danosidade social que possam ter.

Por conclusão, afirma o renomado Professor que os bens jurídicos ligados

* Palestra proferida no Seminário de Direito Tributário, promovido pela OAB/BA, em Salvador, no período de 16, 17 e 18.8.93, coordenado pelo Professor Edvaldo Brito

1. Spolansky, Norberto. “O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos homens”, trad. Miguel Reale Júnior, in *Cadernos de Advocacia Criminal*, Porto Alegre, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1988, 1/102, cit. por Alberto Z. Toron, in *Fascículo de Ciências Penais*, 4/47, n. 2, abril-jun, 1991.

ao funcionamento do sistema estão em relação teleológica com os que constituem sua base de existência e, neste sentido, os bens jurídicos macrossociais estão a serviço dos bens jurídicos microssociais. Conseqüentemente, os primeiros estão subordinados aos segundos, são de uma ordem hierárquica inferior, de menor qualidade, ainda que possam ter uma maior danosidade social.²

Sendo assim, na maioria dos delitos econômicos, o que interessa é que cesse realmente a atividade socialmente danosa e que se reparem seus efeitos prejudiciais.

Nesse contexto, os delitos tributários, objeto do nosso estudo, podem ser considerados espécies dos delitos econômicos e, no particular, as dificuldades de sistematização também são grandes, sobretudo pela necessidade da realização programática do que Von Liszt denominou “ciência penal integrada”.

Com efeito, não se pode fazer um estudo sério sobre crimes tributários sem a interpenetração do Direito Penal com o Tributário e vice-versa.

Um exame comparativo desses dois importantes ramos do Direito Público revela semelhanças e diferenças: como princípios comuns a ambos, podem ser citados o da legalidade, da retroatividade benigna da norma e do *in dubio pro reu* ou *pro contribuinte*; as diferenças aparecem na tipicidade, a partir do elemento subjetivo, quer adote-se a teoria tradicional ou finalista, e nas sanções, sua natureza, forma de aplicação e repercussão, como se verá adiante em tópicos específicos.

Abstraindo as diversas discussões doutrinárias em derredor do tema, o e. prof. de Direito Tributário da UFBA, Edvaldo Brito, pensa ser “mais acertado afirmar

que no direito tributário há conjunto de normas repressivas específicas, sancionatórias de delitos essencialmente tributários, podendo-se falar em Direito Tributário Penal, ao lado do qual há um Direito Penal Tributário consistente no conjunto de normas repressivas dos delitos comuns que são aplicadas ou por extensão ou por circunstâncias a infrações de caráter fiscal praticadas de modo idêntico, em situações jurídicas tributárias, àquele em que são praticadas em situações jurídicas criminais comuns”.³

O saudoso tributarista Fábio Fanucchi classificou os crimes tributários em três grupos:

a) “*Crimes essencialmente tributários* — que são os integrantes principais do direito penal tributário: sonegação fiscal, descaminho, excesso de exação, falsificação de estampilhas e de comprovantes tributários, petrechos de falsificação de papéis públicos tributários, facilitação do descaminho e fraude contra o fisco;

b) “*Crimes tributários por extensão legal* — que são os crimes trazidos para o seio do direito tributário, por providência do legislador ordinário, como, por exemplo, o de apropriação indébita;

c) “*Crimes circunstancialmente tributários* — que são os crimes contra a administração pública e que podem ter origem na violação de normas tributárias: peculato, exercício de atividade com infração de decisão administrativa, concussão, corrupção ativa e passiva, prevaricação, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, resistência, desacato, exploração de prestígio e outros”.⁴

3. Brito, Edvaldo. “El ilícito tributario”. “Conferência sobre el tema “considerações generales sobre el ilícito tributario”, en el curso de derecho tributario, organizado por el colegio de abogados de Quito, 28.11.80”.

4. Fanucchi, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 1/478-479, 10.ª tir. da 4.ª ed., Resenha Tributária, SP. 1986.

2. Ramírez, Juan Bustos. “Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico”, trad. Marília Machado Vieira e Odoné Sanguiné, in *Fascículos de Ciências Penais*, 4/5, n. 2, abril-jun, 1991.

Os crimes tributários por extensão legal e os circunstancialmente tributários podem ser também denominados “crimes fiscais conexos”.

Em todo caso, porém, cumpre ressaltar que as denominações Direito Tributário Penal, Direito Penal Tributário e Direito Penal Econômico retro-referidas se justificam por razões didáticas, pois não se poderá admitir a fragmentação arbitrária do Direito Penal, submetendo-o a repartições infinitas em consideração aos respectivos bens jurídicos afetados (vida, integridade corporal, honra, patrimônio, etc.), como sabiamente adverte o insigne penalista, Prof. René Ariel Dotti.⁵

Ao demais, o culto prof. de Direito Penal e Criminologia da UFBA, Gérson Pereira dos Santos, pensa não ser recomendável a denominação Direito Tributário Penal, “porque o caráter penal é o predominante, dotado de substancialidade. O tronco comum, como já salientado, é o direito penal, e seus preceitos podem ser aplicados às infrações tributárias, ainda que sem remissão expressa da lei tributária”.⁶

De qualquer sorte, “crimes tributários”, ou “crimes essencialmente tributários”, ou, ainda, o que nos parece mais apropriado, “crimes contra a ordem tributária”, crimes de conteúdo tributário que tutelam o bem jurídico ordem tributária, serão objeto da nossa análise.

Atualmente, a lei básica sobre o assunto é a Lei 8.137, de 27.12.90, que ao definir os “crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo”, derogou a Lei 4.729, de 14.7.65, que dispunha sobre o crime de sonegação fiscal.

Consoante lição de Rui Stoco, a afirmação de mera derrogação é feita considerando que submerge íntegro o

art. 5.º da Lei 4.729/65, que substituiu os §§ 1.º e 2.º do art. 334 do CP, inatingido pela lei revogadora.⁷

2. Tipicidade

A correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei é o que se chama de tipicidade.

O princípio da legalidade é o pressuposto da teoria da tipicidade de Beling e é nesta que aquele mais se evidencia.

Os crimes contra a ordem tributária, inobstante definidos em lei especial, não deixam de se submeter às teorias e aos princípios gerais do Direito Penal.

Observe-se, inclusive, que muitas das figuras típicas constantes da Lei 8.137/90 (a maioria já prevista na Lei 4.729/65) se assemelham a modalidades delituosas disciplinadas pelo Código Penal, a exemplo da falsidade ideológica (art. 299), falsidade material de documento particular (art. 298), de documento público (art. 297), estelionato (art. 171, *caput*), concussão (art. 316), corrupção passiva (art. 317, § 2.º), apropriação indébita (art. 168).

Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que o tipo penal não é só composto de elementos objetivos, mas também de elementos normativos e subjetivos, sendo, portanto, indispensável para a existência da tipicidade que todos esses elementos se subsumam ao fato, ao contrário do que pode ocorrer no campo estritamente jurídico-tributário, onde existe previsão da configuração do ilícito fiscal, com a responsabilidade tão-somente objetiva do agente (art. 136 do CTN).

De acordo com os postulados da doutrina finalista de Welzel, adotada pelo nosso Código Penal, o crime é um fato típico e antijurídico, intervindo a culpabilidade como condição de im-

5. Dotti, René Ariel. “Direito Penal dos Negócios”, SP, AASP, s/data, p. 13.

6. Santos, Gérson Pereira. *Direito Penal Econômico*, Saraiva, 1981.

7. Stoco, Rui. “Sonegação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária”, RT 675/337.

sição da pena. O dolo e a culpa, que na doutrina tradicional aparecem como integrantes da culpabilidade, são apresentados como elementos do tipo, sem os quais inexistirá o crime.

Não há dúvida que todos os delitos tributários têm o dolo como elemento integrante. Não existe um que se configure por culpa.

Na Lei 8.137/90, o elemento subjetivo do injusto, o dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de “suprimir ou reduzir tributos ou contribuição social e qualquer acessório”, está expresso no art. 1.º, *caput*, que abrange todas as condutas previstas nos incisos que ele congrega.

Comentando-o, leciona Rui Stoco, Juiz Criminal em São Paulo: “Exigiu-se para tipificação dos delitos que as condutas sejam praticadas com o fim ou com a intenção de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição, ou para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo (esta última hipótese apenas com relação ao crime previsto no inc. I do art. 2.º), sem o que a figura típica não se perfeccionará. Se a comprovada intenção do agente for diversa daquela exigida no *caput* do art. 1.º ou no inc. II, do art. 2.º, deixará de existir o crime. No inc. IV, do art. 1.º, temos uma hipótese de dolo eventual, ao dispor sobre documento que o agente saiba ou “deva saber” falso ou inexato.”⁸

O sujeito ativo, de regra, é o contribuinte. Contudo, há figuras penais previstas na citada lei em que o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa (ns. III e V, do art. 2.º).

Nas hipóteses em que a lei elege um substituto passivo tributário, sujeito ativo será o substituto, obrigado a reter e recolher o tributo do contribuinte de fato.

Quando se tratar de crime cometido por intermédio de pessoa jurídica, os sujeitos ativos serão aqueles que tiverem

praticado o delito ou concorrido, efetivamente, para a sua realização, nos precisos termos do art. 11 da lei. Como é sabido, no Direito Penal vigora o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa* e a responsabilidade objetiva de há muito foi banida.

Doutro lado, sujeito passivo será o Estado, representado pela Fazenda Pública (federal, estadual e municipal), ofendida nos seus interesses relacionados com a arrecadação dos tributos devidos.

Vale ressaltar que, em alguns crimes previstos no Código Penal, como v.g., excesso de exação, sujeito passivo é o contribuinte ou responsável tributário e ativo é o funcionário fiscal.

Por fim, comparando-se o Direito Penal com o Tributário, pode-se dizer, com o Prof. Dílio Procópio de Alvarenga, “que o sujeito ativo do delito é, em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária e que sujeito passivo do delito é o sujeito ativo da obrigação tributária”.⁹

3. Sanções

As sanções penais muito se distinguem das sanções meramente fiscais: aquelas somente podem ser aplicadas pelo Juiz, enquanto que, em relação ao ilícito fiscal, há sanções que podem ser aplicadas pela autoridade administrativa; na repercussão da sanção penal vige o princípio da intranscendência, pelo qual as penas não passam da pessoa do delinqüente, mesmo quando tenham natureza patrimonial, ao reverso, no ilícito fiscal, as sanções passam da pessoa do infrator, repercutindo no seu sucessor; além disso, note-se que a multa, como sanção penal, pode ser convertida em pena restritiva de liberdade.

Outrossim, convém ter presente que só se deve lançar mão da sanção penal

9. Alvarenga, Dílio Procópio. “Sonegação Fiscal”, in *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual/MG*, jan-abril, 1991, p. 30.

8. Stoco, Rui. Ob. cit. p. 346.

subsidiariamente, em casos extremos, quando todas as outras formas de controle revelem-se ineficazes.

A existência no Código Penal de delitos que se relacionam, ou podem se relacionar por circunstância, com a infração tributária, revela que no Brasil sempre houve o chamado Direito Penal Tributário, entretanto, somente com o advento da Lei 4.729/65 deu-se início à sistematização do que os tributaristas denominam Direito Tributário Penal.

Conforme relata o Prof. Ruy Barbosa Nogueira, a consciência popular reluta em admitir que as infrações fiscais possam configurar um ilícito criminoso, vendo antes na ação ou omissão contrária às leis fiscais uma forma de defesa da liberdade natural contra as coações fiscais.¹⁰

Apesar dos crimes tributários caracterizarem-se, para maioria dos penalistas, como crimes contra a fé pública e a administração pública, salvaguardando à arrecadação do dinheiro público a ser aplicado em obras sociais, no sentimento do povo contribuinte a pena sempre está associada a idéia da prisão por dívida que, de modo geral, repugna à consciência.

A legislação pertinente ao tema demonstra que a definição das infrações tributárias como delito é uma questão de política criminal.

No bojo da inflação legislativa, referida no início deste trabalho, surgiu a Lei 8.137/90, visando abarcar situações fáticas não tipificadas na lei anterior e instituir penas mais severas, com o objetivo de aumentar a arrecadação do estado.

Em consequência, nas hipóteses tipificadas nos incisos do art. 1.º da nova lei, a pena passou a ser de reclusão de 2 a 5 anos, cumulada com a pena de multa.

Num estudo comparativo, verifica-se que a pena máxima (detenção de 2 anos) prevista na lei derogada, corresponde à pena mínima sancionada pelo art. 1.º do novo diploma legal.

A pena de multa foi elevada e fixada de acordo com o art. 8.º e parágrafo único, nos crimes definidos nos arts. 1.º e 3.º, entre 10 e 360 dias multa e o dia-multa em valor não inferior a 14 nem superior a 200 BTN's, substituído pela UFIR, com a Lei 8.383/91.

Pelo art. 9.º, manteve-se a conversão das penas restritivas de liberdade (detenção ou reclusão) em multa, todavia limitada tão-somente aos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, definidos nos arts. 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, enquanto, na Lei 4.729/65, quando o criminoso fosse primário a pena restritiva de liberdade era substituída pela de multa de dez vezes o valor do tributo (§ 1.º, art. 1.º).

Como demonstrado, sob vários aspectos, a Lei 8.137/90 é mais severa do que sua antecessora.

O que causa espécie e reflete a instabilidade vivida no nosso País é o fato do Ministro da Fazenda de então, no ano seguinte à promulgação da referida lei, ter instituído grupo de trabalho, do qual fizeram parte o erudito prof. Miguel Reale Júnior, o destacado penalista, Prof. René Ariel Dotti, e tributaristas de grande envergadura, visando a elaboração de nova lei sobre crimes contra a ordem tributária.

Esse grupo de notáveis chegou mesmo a elaborar o texto do anteprojeto de lei que, embora aprovado pelo Ministro, não foi publicado no *DO*.

Observamos que o anteprojeto, elaborado por juristas especializados, infensos às influências do momento, é mais coerente do que a Lei 8.137/90. No seu texto, há um abrandamento das penas restritivas de liberdade que não ultrapassam de 2 anos de detenção e podem ser substituídas pelas penas restritivas, de prestação de serviço à comunidade, de

10. Nogueira, Rui Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 9.ª ed., 1989, p. 210.

interdição temporária de direitos e de limitação de fim de semana.

Atualmente, a Comissão instituída pelo Min. da Justiça Maurício Corrêa para elaborar o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, prepara o texto relativo aos crimes contra a ordem econômica, política e tributária e, certamente, levará em consideração o anteprojeto supra-aludido.

Segundo o prof. René Dotti, que também faz parte desta última Comissão, já é vencedora a orientação de que os delitos econômicos, financeiros e tributários devem ser incluídos na Parte Especial do Código Penal, para se evitar que a flutuação dos interesses e das conveniências dos governos interfira negativamente na matéria de legislação penal criando tipos de ilicitude ou estabelecendo sanções que configuram o, pelo ilustre Mestre adjetivado, "Direito Penal do Terror".

4. Extinção da punibilidade

A Lei 8.137/90, através do seu art. 14, manteve a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, desde que fosse efetuada antes do recebimento da denúncia.

As acerbadadas críticas feitas ao preceito por diversos doutrinadores, entre os quais Manoel Pedro Pimentel, Heleno Cláudio Fragoso e Dílio Procópio de Alvarenga, por sem dúvida, influenciaram na elaboração da Lei 8.383, de 30.12.91, que, no seu art. 98, revogou a discutida causa extintiva da punibilidade.

Diziam que, sendo os crimes contra a ordem tributária formais ou de mera conduta, não exigiam efetiva sonegação fiscal sendo, por isso, irrelevante para o desfecho da ação penal o pagamento do tributo ou contribuição social antes (ou depois) do recebimento da denúncia.

Criticava-se o legislador por ter dado prevalência ao interesse imediatamente tutelado (crédito tributário), minimizando o imediatamente protegido (fé pública, administração pública).

Enfim, chegava-se a falar em prisão por dívida, argumentando que, quem não pagava, é que sofria a pena.

Conquanto respeitáveis essas razões jurídicas, ousamos delas divergir.

Nas "considerações iniciais", foi enfatizado o caráter macrosocial dos crimes tributários, em virtude do qual a gravidade dos bens jurídicos ali tutelados revela-se na sua danosidade social. Dessa forma, o pagamento integral dos tributos ou contribuição social elide a possível ocorrência de danos, ensejando o término antecipado do processo penal. Que mal há nisso?

Com efeito, as penas restritivas da liberdade afiguram-se inapropriadas a esses tipos de delitos. A prisão do "produtor de tributos" equivale à "pena de morte" da sua empresa, com todas as nocivas consequências sociais.

Outrossim, aqueles que, porventura, não pagassem seus débitos não seriam "presos por dívidas". A causa de possível encarceramento nestes casos residiria, não no inadimplemento do devedor, e sim, numa conduta típica ou delituosa, levada a efeito antijuridicamente e de modo culpável.

Doutro lado, sabendo-se da extensão e da complexidade das obrigações tributárias impostas por meio de uma legislação instável e repleta de dúvidas, numa economia como a nossa, poder-se-ia indagar: tem o Poder Público, principal responsável por essa situação, "legitimidade" para exigir o cumprimento das obrigações tributárias, através de penas privativas de liberdade? E o descrédito da classe política na boa aplicação dos dinheiros públicos, que tanto desestimula a arrecadação?

Conclusivamente, nos delitos tributários, o pagamento deve ser tido como causa extintiva de punibilidade, pois o que realmente interessa é que cesse a atividade socialmente danosa e que se paguem os tributos.

Nos últimos tempos, sobretudo por influência da vitimologia, tem-se suge-

rindo formas processuais que dêem uma maior proteção à vítima e a considere como parte efetiva no processo. Na esteira deste pensamento, sugere-se o término antecipado do processo penal, através de um processo de conciliação entre as partes, que tem o sentido de um acordo indenizatório, reparatório e/ou de restituição. O Juiz penal, nestes casos, atuaria antes como mediador, ao mesmo tempo, garantidor dos direitos fundamentais das partes.¹¹

Esta alternativa ao Direito Penal e Processual Penal tradicional, no sentido que não há propriamente uma pena, nem tampouco um processo penal, parece que pode ser usada com grande eficácia nos crimes contra a ordem tributária.

O sistema de conciliação, através do pagamento, deveria, pois, aplicar-se, de modo geral, nos crimes tributários.

Esclarece o prof. Klaus Tiedemann, que é Diretor do Instituto de Criminologia e Direito Penal Econômico da Universidade de Friburgo de Briscóvia, na Alemanha, que “o Direito Penal não tem, na atualidade, como missão, a de conformar a ordem econômica. Pelo contrário e como princípio, unicamente, ratifica uma ordem extra-penal e colabora assim para sua efetividade. No âmbito da economia, o Direito Penal resulta ser secundário e acessório”.¹²

A propósito, no já mencionado anteprojeto de lei sobre crimes contra a ordem tributária, o pagamento, em alguns crimes ali tipificados, continuaria a ser causa extintiva da punibilidade, se efetuado “até cinco dias após a ciência da decisão administrativa de primeira instância, ainda que já instaurada a ação penal”.

O texto ainda prevê que, em caso de parcelamento do débito, o início do

pagamento suspenderia o prazo prescricional, que recomençaria a fluir a partir da data do não pagamento de qualquer parcela. O mesmo fato determinaria o sobrestamento de ação penal, que teria seu curso retomado na hipótese do não pagamento de qualquer parcela. A quitação final do débito acarretaria a extinção da punibilidade.

5. Conclusões

a) As características peculiares aos crimes contra a ordem tributária não justificam a fragmentação do Direito Penal. Esses delitos devem ser sistematizados em um Capítulo da Parte Especial do Código Penal, pois, dessa forma, facilitará a observância dos princípios gerais do Direito Penal e evitará a instabilidade legislativa decorrente das influências dos governos;

b) Tendo em vista o caráter “*extrema ratio* e subsidiário” do Direito Penal, deve-se evitar, ao máximo, as penas restritivas da liberdade, por serem inadequadas e nocivas nesses casos, procurando substituí-las pelas penas restritivas de prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e de limitação de fim de semana, previstas no art. 43 do CP;

c) Deve-se, sempre que possível, preferir a aplicação do “sistema de conciliação”, admitindo-se, de modo geral, a alternativa do pagamento do débito como causa extintiva da punibilidade.

PS: No “Painel”, realizado durante o Seminário, no dia 17.8.93, do qual fizeram parte como expositores os profs. Ives Gandra da Silva Martins (da Universidade Mackenzie de São Paulo), César de Faria Júnior e Edvaldo Brito (da Universidade Federal da Bahia), essas conclusões foram aprovadas e encaminhadas pelo Presidente do OAB/BA, Dr. Durval Ramos Neto, ao Senado Federal, “a fim de que sejam tomadas em consideração, tendo em vista projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional”, nos termos do Ofício anexo.

11. Ramírez, Juan Bustos, ob. cit., p. 13.

12. Tiedemann, Klaus. *Poder económico y delito*, trad. Amélia Mantilla Villegas, Barcelona, ed. Ariel, 1985, p. 21, cit. por Alberto Toron, ob. cit., p. 50..

JUSTIÇA E CRIMINALIDADE*

DAMÁSIO E. DE JESUS

Professor de Direito Penal

1. Introdução — 2. Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário — 3. Evasão de divisa — 4. Multiplicidade de leis definindo a mesma conduta criminosa — 5. As penas de multas não são pagas — 6. A execução das penas restritivas de direitos não é fiscalizada — 7. O cumprimento das condições do "sursis" e do livramento condicional não são fiscalizadas — 8. A prescrição retroativa cria impunidade — 9. Os institutos da fiança e da liberdade provisória — 10. Escassez de instituições correcionais adequadas para o cumprimento de penas nos regimes aberto e semi-aberto — 11. O apelo em liberdade — 12. Prisões superlotadas — 13. Justiça lenta — 14. Conclusão.

1. Introdução

Em 1822, quando o Brasil proclamou sua Independência, as Ordenações Filipinas, que regiam as leis penais e civis portuguesas, continuaram sendo aplicadas aos brasileiros no plano criminal até a promulgação do Código Criminal de 1830. Caracterizadas pela severidade das penas, as Ordenações não primavam por seguir o moderno princípio do "Tabestand", punindo atos simplesmente ofensivos à moral ou à religião e permitindo uma extensão de tipos pelos quais os intérpretes podiam penalizar condutas, às vezes insignificantes, por paixão ou perseguição política.

Influenciado pelo Código Bavário de 1813 e pelo Código Penal Francês de 1810, o Código Criminal Brasileiro de 1830, por sua vez também inspirado na própria Constituição Federal de 25.3.1824, reagiu à tendência de intensificação de leis criminais severas, adotando, entretanto, o sistema da pena retributiva. Foi, então, substituído pelo Código Penal de 1890, que manteve a resposta penal enquanto repressão e aflição.

No Código Penal de 1940, surgiram as duas grandes "damas" da legislação Penal brasileira; a pena e a medida de segurança, fundamentadas na culpabilidade e na periculosidade, no determinismo e no livre-arbítrio. Ao ser aplicado o sistema do duplo binário ao semi-responsável, a vontade ilícita do delinqüente era reprimida pela pena, relacionando-a ao livre-arbítrio, enquanto que a periculosidade era aplicada com a medida de segurança, fundamentada no determinismo.

O Governo Federal, em 1961, decidiu alterar o trabalho de Nélson Hungria, que havia demonstrado toda sua competência e capacidade na elaboração do

* Tradução de Helena Rosa Rodrigues Corte, Procuradora do Estado da Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal, Membro do IBCC e da Diretoria da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, e correspondente ao texto de palestra proferida pelo autor em São José da Costa Rica, na VI Conferência Internacional sobre o Abolicionismo, e patrocinado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, no período de 2 a 5.6.93.

Código Penal de 1940, pedindo a ele que formulasse um Anteprojeto preliminar para um novo código, que veio a ser publicado em 1963.

Após ser submetido a discussões, verificou-se uma exagerada preocupação nos estudos, com apresentação de sugestões dogmáticas e acadêmicas, sem valor prático, relegando os problemas dos homens, da reação penal e da proteção da sociedade a um plano secundário. Sob tal filosofia, e após muitas alterações ao plano inicial, surgiu o Código Penal de 1969, que sequer chegou a ser aplicado (Dec.-lei 1.004, de 21.10.69), sendo revogado antes mesmo de entrar em vigor (Lei 6.578 de 11.11.78).

Posteriormente, em 1977, a Lei 6.416 entrou em vigor, modificando a Parte Geral do Código Penal, especialmente no título concernente às penas. A reforma, não obstante, o esforço de seus autores, não acompanhou a realidade social brasileira, alterada pelo extraordinário progresso no campo dos costumes, tornando-se, assim, insuficiente para reprimir o crime. A criminalidade, especialmente a violenta, tinha seu momento histórico de intenso crescimento, valendo-se de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram, então as duas outras grandes "damas" do sistema criminal brasileiro: a justiça lenta e a legislação penal liberal, criando-se a impunidade.

Jescheck, em 1979, avaliando a evolução da legislação penal brasileira, disse que o Direito Penal brasileiro era tão incerto quanto seu destino político.¹ O legislador penal brasileiro não tinha direção. Enquanto isso, a criminalidade violenta se intensificava.

O Governo Federal, consciente de tal situação, tentou com a Lei 7.209, de

11.7.84, a qual reformou a Parte Geral do Código Penal brasileiro, conferir um aspecto realista ao nosso sistema criminal. É o que relata a Exposição de Motivos do Projeto de Lei em seu item 5: "Apesar de inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século".

Sem esquecer dos condenados, ao implantar um Direito Penal da Culpabilidade, a reforma reconheceu a necessidade imperiosa de promover sanções mais severas na luta contra o crime, sistematizando sua execução. Além disso, o governo introduziu uma outra lei na legislação penal brasileira, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11.7.84), regulando a execução da pena, introduzindo o princípio do contraditório no processo de sua imposição e dando maiores direitos aos condenados.

A Constituição Federal de 1988 conferiu punição severa aos condenados por crimes hediondos e delitos contra crianças e adolescentes (arts. 5, n. 43 e 227, n. 4.º). Assim, dois anos mais tarde, o Governo, seguindo a Constituição Federal, decidiu alterar novamente a legislação penal e publicou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25.7.90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90; art. 263), impondo penas altas aos condenados por crimes hediondos, latrocínios, assassinatos e crimes sexuais contra crianças, delitos relacionados com drogas, etc.

1. "Internationale Strafrechtreformbewegung", in *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlin, 1980, p. 132.

A criminalidade violenta, no entanto, não retrocedeu em face das reformas de 1984 e 1990. Ao contrário, o índice atual é alarmante;² apesar dos esforços das autoridades brasileiras. Uma onda de roubos, roubos envolvendo morte, estupros, extorsões mediante seqüestro, saques e arrastões;³ etc., vem atormentando a população brasileira e criando um estado geral de pânico.

Por tal razão, numa nova tentativa de reduzir a criminalidade, o Governo Federal, no início deste ano (1993), criou uma Comissão de juristas para reformular a Parte Especial do Código Penal, esperando adequar as previsões legais à necessidade do momento. Ademais tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei do Deputado Federal Amaral Neto, visando consultar a população brasileira, mediante plebiscito, sobre a conveniência da instituição da pena de morte para crimes graves.

Nós sabemos que o aumento da criminalidade não se restringe a um fenômeno local. Possui dimensões mundiais, como ocorre nos assaltos rotineiros, nos delitos com drogas, no extraordinário número de criminosos em muitas cidades, na criminalidade organizada, etc. Originando-se de uma variedade de causas, que atuam direta ou indiretamente como fatores individuais, familiares, sociais, econômicos e financeiros, a par do crescimento populacional, a violência urbana vem crescendo enorme-

mente, especialmente nos grandes centros, criando um verdadeiro grupo social, a casta dos criminosos.

O crime se torna uma profissão lucrativa, ocasionando a reiteração de condutas que se especializam nas mais diferentes linhas de ataque ao patrimônio, aos costumes, à coisa pública, à economia popular, etc., iniciando a era do crime organizado. Nós vemos um campo de batalha: de um lado, os delinquentes armados e organizados, usando armas de alto potencial ofensivo, obtidas por contrabando, atuando ostensivamente com astúcia e insolência; de outro lado, a população ordeira, inofensiva, despreparada e sem armas, lembrando-nos da fábula do lobo e do cordeiro. Em meio a isso, está o Poder Público, incapaz de reprimir ou cessar a violência.

A astúcia audaciosa e métodos usados pelos delinquentes adultos para amedrontar a pacífica e desarmada população e o inacreditável número de crimes cometidos todos os dias por adolescentes retratam uma guerra civil. Há milhares de vítimas diariamente produzidas por essa revolução interna. A perspectiva é preocupante. Os jovens "trombadinhas" de hoje podem ser os perigosos delinquentes de amanhã.⁴

Entre as causas que incrementam a criminalidade, a descrença na justiça correta é uma delas.⁵ Como disse o

2. No Estado de São Paulo, em 1991, houve 355 roubos com morte e em 1992, até julho, ocorreram 193. Houve um aumento de quase 70% em relação aos anos passados. Os homicídios dolosos aumentaram de 2.009 casos em 1983 para 3.342 em 1991. Em 1992, até julho, ocorreram 1.645.

3. "Arrastão" — é o nome de um novo modo de roubo, surgido em 1992, normalmente feito em praias ou locais com multidão de pessoas: os delinquentes jovens, agindo em grupo, como rede de pescaria (rede de traneira), roubam tudo de valor que acham em seu caminho.

4. "Trombadinha" — é a denominação dada para um garoto ou pessoa jovem que aplica a "trombada", que é a colisão ou golpe físico na vítima, que perde o equilíbrio, possibilitando ser despojada de seus pertences. A jurisprudência brasileira, sobre o assunto, ao discutir fatos praticados por adultos, divide-se sobre tratar-se de roubo ou furto.

5. A expressão "Justiça" é usada em sentido amplo, incluindo não só o conceito jurídico filosófico, como o sistema judicial e o penal e processual penal e suas leis. Justiça, no sentido do texto, indica o sistema que a aplica com todos os seus princípios, instrumentos e elementos objetivos, pessoais ou legais.

antropologista Guilherme Velho, do Museu Nacional do Rio de Janeiro, um dos fatos que contribui para o crescimento da criminalidade no Brasil é a falta de crença “do povo nos habituais mecanismos de justiça”.⁶ Alguns exemplos servem para ilustrar essa descrença.

2. Extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário

A Lei 8.137, de 27.12.90, definindo os crimes contra a ordem tributária, admitia a extinção da punibilidade na hipótese de o “agente *promover* o pagamento de tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia” (art. 14, grifo nosso). Advogados tributaristas passaram a alegar que a simples apresentação de uma petição ao órgão administrativo, requerendo o cálculo do tributo devido para efeito de pagamento, enquadrava-se no verbo “promover”, admitindo a extinção da punibilidade e encerramento da ação penal. Essa posição foi adotada em algumas decisões, estimulando a evasão de tributos. Felizmente, esse dispositivo foi revogado (Lei 8.383, de 30.12.91).

3. Evasão de divisa

O art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, impõe pena de reclusão àquele que *promover*, sem autorização legal, a saída de divisa ou moeda para países estrangeiros. Embora pareça inacreditável, havia entendimento judicial no sentido de que, como a lei usou o elemento típico “moeda” ou “divisa” no singular, não haveria crime em remeter para o exterior (sem autorização legal) uma grande quantidade de divisas ou moedas.

6. *Jornal Folha de S. Paulo*, 8.10.92, pp. 1-12

4. Multiplicidade de leis definindo a mesma conduta criminosa

Na sua ânsia de reprimir a criminalidade, o legislador tem definido as mesmas ofensas em leis novas, numa verdadeira “esquizofrenia legislativa”. Assim, por exemplo, tratando-se de crime contra a economia popular, é necessário, a fim de descobrir a lei aplicável à espécie, consultar os seguintes estatutos que tratam do mesmo assunto:

a) Código Penal, no título dos crimes contra o patrimônio (ex.: fraude no comércio, descrita no art. 175); b) Lei 1.521/51, que define os crimes contra a economia popular; c) Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90); d) Lei 8.137, de 27.12.90, que define os crimes contra a ordem econômica e tributária.

Ademais, a Comissão para a reforma da Parte Especial do Código Penal tenciona introduzir-lhe um capítulo definindo os crimes contra as relações de consumo.

Como as leis novas não trazem qualquer explicação sobre as normas anteriores por ela revogadas ou derogadas, a polícia, as autoridades judiciárias e o Promotor Público tem enorme dificuldade em tipificar as condutas. Ex.: a venda de mercadoria falsificada é descrita ao mesmo tempo no Código Penal (art. 175, I), na Lei dos crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51, art. 2, V) e na Lei 8.137, de 27.12.90 (art. 7.º, III). Como as descrições do delito, apesar de retratar o mesmo fato, não são exatamente as mesmas, torna-se difícil a análise do “*Tabestand*”. Isso facilita a atuação de advogados astutos, que comumente obtêm, por meio de *habeas corpus*, a liberação de seus clientes da ação da justiça.

5. As penas de multas não são pagas

A reforma de 1984 introduziu o sistema das penas substitutivas na nossa

legislação penal. As penas privativas de liberdade, quando impostas aos condenados por infrações menos graves, podem ser substituídas por penas pecuniárias ou restritivas de direitos (Código Penal, arts. 44, 45 e 60, § 2.º). E a Lei 7.210/90, que instituiu a Lei de Execução Penal, disciplinou nos arts. 164 e seguintes a execução das penas pecuniárias pelo órgão do Ministério Público. Ocorre, no entanto, que os casos de execução da pena pecuniária são raros. Em regra, as condenações à pena pecuniária são alcançadas pela prescrição, que ocorre em dois anos, (CP, art. 114). De certo modo, as condenações em penas pecuniárias tornam-se inúteis em relação à sua função de prevenção geral e especial.

6. A execução das penas restritivas de direitos não é fiscalizada

Nas infrações de menor gravidade, o juiz pode, sempre que presentes certas condições, substituir a pena privativa de liberdade por outras, restritivas de direitos, que são a prestação de serviços à comunidade, a limitação de fim de semana e as interdições temporárias de direitos (CP, art. 43).

Ocorre que a limitação de fim de semana deve ser cumprida em casa do albergado (CP, art. 48). Como não se dispõe de tais estabelecimentos, quando imposta, tal pena não é cumprida.

A fiscalização da prestação de serviços à comunidade deve ser feita pela própria entidade beneficiada (Lei de Execução Penal, art. 150). É um sistema que não funciona.

As interdições temporárias de direitos, que são a proibição de exercício de cargo público, função ou profissão, etc. e a suspensão da licença para dirigir veículo (CP, art. 47), não têm sua execução fiscalizada por órgãos oficiais, o que torna inútil sua imposição nas atividades privadas.

7. O cumprimento das condições do "sursis" e do livramento condicional não são fiscalizadas

A fiscalização das condições do "sursis", de acordo com o § 3.º do art. 158 da LEP, compete ao serviço social penitenciário, patronato ou Conselho da Comunidade ou entidade beneficiada com o serviço do condenado. Ocorre que em quase todas as comarcas do País inexistem patronato ou Conselho da Comunidade. Por tal razão, torna-se inútil a imposição dessa pena alternativa. Como regra, só há a preocupação de saber se o condenado cumpriu as condições legais do *sursis* ao fim do período de prova, para o efeito de extinção da pena (CP, art. 82).

O que se disse quanto ao *sursis* é aplicável ao livramento condicional, cuja fiscalização das condições impostas ao libertado incumbe aos mesmos órgãos (LEP, art. 139). Como, em regra, tais entidades não existem, não há fiscalização.

8. A prescrição retroativa cria impunidade

A prescrição retroativa é um instituto que permite a contagem do lapso prescricional da pretensão punitiva, quando não há apelo da acusação da sentença condenatória, de acordo com a quantidade de pena imposta pelo juiz, ocorrendo entre a data do crime e a do recebimento da denúncia ou entre essa e a publicação da sentença penal condenatória (CP, art. 110, § 2.º).

Muitos são os casos em que o processo chega ao Tribunal, em grau de recurso, quando já ocorreu a prescrição retroativa, que impede o julgamento do mérito. Em consequência, o processo, extinta a punibilidade, é encerrado. Advogados astutos, sabedores de tal expediente, prolongam tanto quanto podem o procedimento por meio de requerimentos dilatórios, confiantes de que mesmo sendo seus clientes conde-

nados, serão beneficiados por essa forma de prescrição. E há ainda a orientação, até o momento minoritária, no sentido de que se o Promotor de Justiça, ao analisar o inquérito policial, vislumbrar fatalmente a ocorrência de prescrição retroativa, deverá requerer o arquivamento.

9. Os institutos da fiança e da liberdade provisória

De acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro, os crimes de alto potencial ofensivo são inafiançáveis (art. 323). Isso significa que, detida em flagrante pela prática de crimes graves, a pessoa permanece detida durante o processo. Contudo, a Lei 6.416, de 24.5.77 (a reforma penal de 1977), acrescentou um parágrafo único ao art. 310 do CPP, em face do qual o juiz pode conceder liberdade provisória ao réu mesmo se inafiançável a infração. Assim, não sendo o crime hediondo, em que pese preso em flagrante pela prática de crime de grande gravidade objetiva, como homicídio, a pessoa pode ser posta em liberdade durante o processo, se presentes algumas condições. Destarte, não é raro que acusados de homicídio respondam ao processo em completa liberdade, o que acarreta a convicção de absoluta impunidade na consciência popular, em prejuízo do caráter intimidativo da pena.

10. Escassez de instituições correcionais adequadas para o cumprimento de penas nos regimes aberto e semi-aberto

A sentença condenatória, quando imposta pena detentiva, pode ser cumprida em três sistemas, fechado, semi-aberto e aberto (CP, art. 33, *caput*). No regime fechado a sentença é cumprida em prisão de segurança máxima ou média (CP, art. 33, § 1.º, *a*). No semi-aberto, cumpre-se a pena em colônia

agrícola ou industrial ou similar (*b*). No sistema aberto, o prisioneiro cumpre sua sentença na casa do albergado (*c*), trabalhando fora do estabelecimento e recolhendo-se durante a noite e em dias de folga (CP, art. 36, § 1.º). É a chamada "casa do albergado".

Não há vagas nas penitenciárias brasileiras. Até a metade de 1992, só no Estado de São Paulo, o déficit era de 3.386 vagas.

Nós possuímos poucas colônias agrícolas e casas do albergado. Em consequência da falta ou ausência de lugares nessas poucas prisões, milhares de condenados cumprem suas sentenças no sistema fechado, apesar de já possuírem condições para ser transferidos para um regime menos severo (semi-aberto e aberto). Devido a tal situação, o Superior Tribunal de Justiça e alguns Tribunais do País entendem que, dada a falta de vagas, os condenados podem continuar a cumprir a pena no sistema da prisão domiciliar, na forma do art. 117 da LEP.⁷ Como inexistem funcionários para inspecionar o cumprimento da prisão domiciliar, a concessão desse benefício é equivalente a verdadeira impunidade.

11. O apelo em liberdade

O art. 393, I, do CPP, reza que constitui efeito da sentença penal condenatória o recolhimento do condenado à prisão. Contudo, o art. 594 do mesmo Código, após prever que o condenado não pode apelar sem tal recolhimento, abre uma exceção: o juiz pode permitir ao condenado apelar em liberdade quando for reconhecidamente primário e de bons antecedentes. Atualmente, à vista das decisões da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, os dois

7. Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, S. Paulo, Saraiva 10.ª ed., 1993, p. 613.

maiores tribunais do País, até o traficante de drogas condenado pelo juiz de primeira instância pode apelar em liberdade, desde que a decisão seja fundamentada.⁸ Assim, muitos réus, mesmo condenados pela justiça, podem ter sua liberdade prolongada indefinidamente usando todos os recursos e meios admitidos pela legislação (apelo, recurso em sentido estrito, protesto por novo júri, *habeas corpus*, embargos, recurso especial e extraordinário e agravo de instrumento). E, quando se vêem definitivamente condenados, passam a requerer os benefícios da Lei de Execução Penal.

12. Prisões superlotadas: a rifa da morte, a “figura do Batman”, os turnos para dormir, a “trança humana”, o “esconderijo”.

A escassez de estabelecimentos prisionais sempre causa superpopulação nas celas brasileiras. Aonde usualmente caberiam dez pessoas, há, às vezes, 30 ou 40 prisioneiros. Para chamar a atenção os prisioneiros acabam por matar companheiros de cela, previamente sorteados. Dois efeitos se produzem com tal expediente: reduz-se a população carcerária e se chama a atenção para o problema das cadeias.

Esta situação criou a figura do “Batman”: alguns prisioneiros, devido à falta de espaço, atam-se nas barras das celas com cordas feitas de pedaços de roupas e dormem de pé ou sentados.

Nos distritos policiais de São Paulo, Capital, os novos detentos podem ficar até três dias sem dormir, esperando por seu turno. Eles dormem no banheiro, onde há novos e antigos prisioneiros. À

noite, ninguém ousa usar o banheiro, pois isso causa confusão, que geralmente termina em morte.

Há também os turnos para dormir: um grupo dorme, enquanto outro espera por seu turno, usualmente a cada uma hora. Aquele que não pode ficar acordado é geralmente punido com violência.

A cela possui um “xerife”, o prisioneiro mais forte. É ele que determina quem pode dormir. Ele pode dormir com roupas cobrindo seu próprio beliche, assegurando-lhe a intimidade. O “banqueiro”, homem de confiança do xerife, distribui cigarros entre os detentos. O “xerife” e o “banqueiro” e mais dois prisioneiros de confiança formam a “cúpula”, que domina tudo na prisão e determina quem irá dormir ou quem poderá fumar cigarros, etc.

Há também o uso da “trança humana”: naquela cela onde os prisioneiros dormem no chão, normalmente sem colchão, eles se deitam frente a frente, entrelaçando as pernas para aproveitar o espaço.

Há o sistema de “esconderijo”: eles se deitam perto do beliche e escondem suas pernas sob a cama.

As celas de muitas cadeias não possuem boa iluminação. “O detento negro torna-se amarelo e o branco fica com cor de papel”, disse um detento.

A superpopulação carcerária, aliadas à falta de mínimas condições de abrigar os sentenciados ou detentos nas celas ou “gaiolas”, na expressão de Zaffaroni;⁹ alguns sem culpa formada, cria revoltas e fugas, algumas com trágicas conse-

9. Eugênio Raúl Zaffaroni, *Em busca de la penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar 1989, p. 139, n. 7. Na opinião de um prisioneiro algumas celas são verdadeiras pocilgas (Jornal *Folha de S. Paulo*, 21.3.93). Sobre o sistema penal latino-americano: Eugênio Raúl Zaffaroni, “O sistema penal nos países da América Latina”, in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, (Rio, Revan Editor, 1991, p. 230, n. 14).

8. *Supremo Tribunal Federal*, HC 69.667, 1.º Grupo, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 2.2.93, p. 2357; Superior Tribunal de Justiça, RHC 1.688, 6.º Grupo, rel. Min. José Candido, DJU 7.8.92, p. 12.508.

quências, como a que ocorreu em 1992 na Casa de Detenção de São Paulo, onde 111 prisioneiros foram mortos.¹⁰

13. Justiça lenta

O rito processual criminal, no Brasil, é lento. Isso se deve a vários fatores: à falta de um corpo de juizes em número suficiente;¹¹ promotores públicos, chefes de polícia, investigadores e oficiais.

10. O jornal *O Estado de S. Paulo* de 10.3.93, com o título "Presos se revoltam contra superpopulação", noticia a rebelião de presos na Cadeia Pública de Osasco, nos limites da Capital, onde 312 prisioneiros foram retirados de suas celas, que tinha capacidade para 108. Entre os prisioneiros, assassinos, ladrões e assaltantes, alguns sem culpa formada, havia um ex-candidato à Prefeitura Municipal, condenado por crime de calúnia na Imprensa. A fuga de detentos nos distritos é constante. Em março de 1993, 20 prisioneiros acusados de roubo e tráfico de drogas fugiram do distrito policial do Ipiranga, na Capital. A rebelião, que culminou com a fuga, ocorreu devido à superlotação das celas, que podiam abrigar 40 detentos onde havia 151. (Jornal *Folha de S. Paulo*, 16.3.93, p. 3-3). As delegacias de polícia e as 210 prisões brasileiras podem abrigar 51.000 presos, mas hoje reúnem mais de 150.000 (*Revista Veja*, março 1993). Atualmente, os detentos têm usado o "arrastão" ou "cavalo louco" para escapar: quando o carcereiro abre a cela, todos correm na direção ao portão principal da prisão (Jornal *Folha de S. Paulo*, 20.4.93, p. 2). Esta é a situação atual, apesar do esforço das autoridades e entidades federais e locais, como o "Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária", presidido por Edmundo Oliveira, que muito tem contribuído para o melhoramento do sistema criminal brasileiro.

11. No Estado de São Paulo, na Execução Penal, há apenas 12 juizes para cuidar de pedidos de 30.000 condenados (Jornal *Folha de S. Paulo*, 14.3.93, p. 6-2). O Brasil, com 150.000.000 habitantes, tem apenas 7.000 juizes. A Alemanha, com 80.000.000 de habitantes, tem 120.000 juizes. Em São Paulo, Capital, há 2.000 inquéritos para cada Delegado de Polícia.

Ademais, poucas são as varas informatizadas. Na maioria do Estado, o trabalho do escrevente é feito em máquinas de escrever. Como consequência, o processo se alonga por muito tempo.

Em Osasco, na divisa de São Paulo, havia, em 1980, 400 casos do Tribunal do Júri esperando julgamento. Hoje, em São Paulo, Capital, quando o juiz recebe a denúncia, marca o interrogatório do réu para ter lugar oito meses depois, pelo menos.

Com o passar do tempo, as testemunhas desaparecem, a vítima muda de residência e a prova enfraquece. Assim, há um grande número de absolvição pela insuficiência da prova para a condenação.

Em suma, a própria Justiça, às vezes pela existência de defeitos na aplicação da lei, permite a prática de novos crimes; outras vezes, admitindo uma série infundável de meios pelos quais o criminoso pode fugir de sua ação, dá-lhe a garantia da impunidade, estimulando novas condutas ilegais.

O criminoso sempre acha que seu crime não será descoberto; se for, supõe que não será condenado; se condenado, tentará evitar o cumprimento da pena, procurando os benefícios da legislação.¹²

A expectativa de impunidade envolve até as autoridades. É desencorajador ver que o Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira, em entrevista à imprensa de São Paulo em 5.3.93, disse ser um erro acreditar que o ex-Presidente Collor e Paulo César Farias, acusados de corrupção e outros crimes, irão para a cadeia. O jornal *O Estado de São Paulo*, discutindo o assunto no editorial intitulado "A descrença da lei", publicou: "todos os que lerem tal declaração

12. Angie Papadakis, em "The Howls of Justice", dizia que "nós, não criminosos, temos contribuído em muito para esse pensamento do delinqüente".

têm a certeza da impunidade geral”(ed. de 9.3.93). O fato se torna ainda mais dramático quando vemos que foi o próprio Procurador-Geral da República Aristides Junqueira que acusou os mencionados réus ao Supremo Tribunal Federal pelos delitos de peculato, corrupção, falsificação de documentos e formação de quadrilha.

14. Conclusão

Não é ignorado que somente o Direito Penal, atuando de modo isolado, não é instrumento capaz de reduzir a criminalidade, resultados de complexas e múltiplas causas. De há muito se abandonou a idéia de que só o Direito Penal, somente ele, seria suficiente para impedir a prática de infrações. Francisco de Assis Toledo, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, já havia dito que é um equívoco do leigo “supor que a luta contra a criminalidade é uma missão exclusiva do Direito Penal, enfatizando que o “complexo fenômeno do delito deve ser objeto de muitas regras a nível do Governo, com áreas bem definidas de atuação e disponibilidade de recursos materiais”.¹³ A necessidade de atuação conjunta do Governo já havia sido observada pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Regulamento do Governo n. 689, de 11.7.79, do Ministro da Justiça, para estudar o fenômeno da violência criminal. No relatório, seus membros disseram que “enquanto na esfera criminal

o homem continuar a ser o eterno desconhecido as soluções propostas podem melhorar o grande e nocivo efeito da violência, podem momentaneamente reduzir a agressividade existente, mas jamais irão conspirar para uma definitiva, permanente e objetiva solução, até porque a sociedade está combatendo as conseqüências desse mal, não as causas determinantes”.¹⁴

Apesar de tal verificação, o Direito Penal e sem meio de se tornar efetivo, o Código de Processo Penal, não podem ficar inertes. Eles devem contribuir cada qual com sua parcela, na medida de sua atuação específica, na tarefa de reduzir a criminalidade. Ao mesmo tempo o Governo precisa tomar medidas de caráter social, visando às subdivisões de suas atividades, para melhorar as condições de vida da população. É imperioso que no plano da atividade legislativa uma atitude urgente se concretize, sem esquecer que são exigidos, no campo da justiça, procedimentos rápidos, que permitam uma reação penal imediata.

O estado de pânico que se estabeleceu em nossas cidades, a certeza da impunidade que ocorre rápida na consciência do povo brasileiro, forjando novos criminosos, estão a exigir fortes e decididas medidas. Temos a necessidade urgente de fazer algo nos planos social, legislativo e judiciário, a fim de reduzir a envolvente prática de crimes, protegendo os mais importantes interesses da vida social com uma resposta criminal mais rápida e mais severa.

13. *Ciência Penal*, S. Paulo, 2/50.

14. “Violência e Criminalidade”, Brasília, *Imprensa Oficial*, Ministério da Justiça, 1980, 1/3.

AS INTIMAÇÕES PESSOAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A LEI 8.701, DE 1.9.93

GRUPO PENAL DO SERVIÇO DE APOIO JURÍDICO DA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Membros: ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA, BERENICE MARIA GIANNELLA, CARLOS VICO MAÑAS, FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES, LAÍS HELENA DOMINGUES DE CASTRO PACHI, MARCO AURÉLIO VIEIRA DE FARIA, MESSIAS JOSÉ LOURENÇO, OLAVO DOMINGOS NOGUEIRA, SÍLVIA HELENA FURTADO MARTINS E VALÉRIA ANTONIAZZI PINHEIRO ROSA DE CASTRO

Relator: DIÓGENES SEGATTO

Lei 8.701, de 1.9.93

Publicada no *DOU* de 2.9.93, a Lei da epígrafe veio à existência com a seguinte íntegra: “Art. 1.º o art. 370 do Dec.-lei 3.689, de 3.10.41 — Código de Processo Penal, passa a vigorar com acréscimo de um parágrafo, com a seguinte redação: “Art. 370... § 2.º. Consideram-se feitas as intimações pela simples publicação dos atos no órgão oficial, sendo indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação”. Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3.º. Revogam-se as disposições em contrário”.

Ente recém-chegado ao ordenamento jurídico, deve ser alvo de duplo exame. Um primeiro, que apure sua adequação ao ordenamento em seu ápice — a Constituição. Um segundo, que apure sua composição com o ordenamento.

Constitucionalidade e alcance, tais são as duplicidades do exame a emprender, indeclinavelmente nesta ordem em virtude da supremacia unívoca das Constituições.

Respeitante a esta assertiva, haure-se breve lição do Prof. José Joaquim Gomes Canotilho: “A Constituição é a fonte de direito positivo hierarquicamente superior. Com esta afirmação pretende-se realçar o “carácter superlegislativo” das normas constitucionais. Da “superlegalidade” das normas constitucionais retiram-se importantes corolários e princípios” (*Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1977, p.175).

Corroborando-a, ligeiro ensino do Prof. Marcelo Caetano ilustra: “... Mais: a Constituição é o assento fundamental da Ordem Jurídica do Estado, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos; ...” (*Direito Constitucional*, RJ, Forense, 1977, I/401).

Valem essas considerações gerais para todo o ordenamento jurídico, e já por isto qualquer norma precisa submeter-se a elas sem distinção de sua natureza.

Prosseguindo contudo, e agora distinguindo, verifica-se que as normas processuais são das que mais estreitamente se sujeitam aos cânones constitucionais, com estes guardando vinculação direta e originária, formando-lhes extensões.

O jurista Celso Ribeiro Bastos explica: "O grande processualista Couture fala mesmo em tutela constitucional do processo e que tem o seguinte conteúdo: "1.º. a existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição" (*Comentários à Constituição do Brasil*, SP, Saraiva, 1989, 2/260).

Da Profª. Ada Pellegrini Grinover a elucidação: "A Lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais e suas garantias" (*Liberdades Públicas e Função Jurisdicional*, SP, Ed. RT, 1982, 2.ª ed., p. 21).

E se as normas processuais guardam essa característica de vinculação com os cânones constitucionais, as processuais penais guardam-na em mais alto grau, estando para eles como genuínos instrumentos.

O autorizado mestre José Frederico Marques leciona com nitidez: "Embora o Direito Processual, em geral, e o Direito Processual Civil, em particular, estejam bastante ligados e dependentes da Constituição, como, aliás, hoje se reconhece, cumpre observar e proclamar, no entanto, que o Direito Processual Penal é o que com ela mais se encontra preso e em imediato contato. G. Bettioli, após afirmar que "il diritto processuale penale si sublima nel diritto costituzionale", acrescenta: " Não há matéria ou setor jurídico que esteja tão intimamente ligado às supremas exigências constitucionais"; e isto porque entre direito constitucional e direito processual penal há, sob certos aspectos, relações de identidade em virtude do "fato de que está em jogo a liberdade individual que ambos... tutelam como que respondendo a uma vocação comum". Como acentuou Henkel, o Direito Processual Penal é Direito Constitucional

aplicado, pela ocorrência entre ambos de problemas comuns a imporem, conseqüentemente, soluções uniformes para que atinjam seus objetivos de tutela da pessoa humana no tocante a direitos invioláveis essenciais". (*Processo Penal e Constituição Federal*, SP, Acadêmica, 1993, p. 14).

Firmadas essas balizas, faz-se viável perquirir se a lei em foco lhes é consentânea; perquirir, enfim, a sua constitucionalidade.

Na apreciação do tema a doutrina aponta dois tipos de vício que comprometem a constitucionalidade das normas: o formal e o material. O primeiro refere-se ao processo de elaboração da norma; o segundo, ao conteúdo da norma.

Superado o primeiro, deve-se aqui investigar o segundo, que ocorre quando o conteúdo da norma, o seu preceito, contraria ou inobserva as disposições ou os princípios da constituição; caso em que se dá a inconstitucionalidade material da norma.

Isto posto, é de se indagar se o preceito da lei sob exame realiza e observa as disposições e os princípios da Constituição Federal.

Sabe-se que o preceito da lei ("processual penal") limitou as intimações à "simples publicação dos atos no órgão oficial", restringindo a informação que permeia o processo penal.

Em razão desta restrição, pode-se asseverar que dito preceito não realiza nem observa disposições e princípios da Constituição, sendo-lhes até contrário, sobretudo quanto às garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e aos princípios da igualdade processual, da igualdade perante a lei.

A garantia do devido processo legal, do ângulo analisado, abraça de maneira compreensiva a garantia do contraditório, a garantia da ampla defesa e o princípio da igualdade processual, motivo por que, arrostados estes, arrostada estará aquela, e vice-versa.

Sobre essa garantia escreve J. Cretella Jr.: Devido Processo Legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o “contraditório” e a “produção” de todo tipo de prova — desde que obtida por meio lícito — prova que entenda seu advogado deva produzir em juízo” (Comentários à Constituição de 1988, RJ, Forense, 1989, I/530).

A garantia do contraditório impõe que se dê ao réu conhecimento da imputação e de todos os atos do processo para ensinar-lhe a contrariedade. Mas, conhecimento efetivo e igualado, que torne concretizável a oposição e insonômicamente as oportunidades processuais para as partes.

Em lapidado estudo relativo ao princípio do contraditório, o Des. Cândido Rangel Dinamarco expõe: “É preciso então, nesse momento, definir em que consiste o princípio do contraditório. Entre nós é bastante conhecida uma conceituação dada pelo Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida do princípio do contraditório como sendo expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrários. Essa conceituação do Prof. Canuto parece-me que cobre todo o campo e abrange todo o conteúdo da garantia do contraditório. De maneira mais analítica, falou, na Itália, Giuseppe La China, (...) Ele diz que o contraditório significa, de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes e, de outro, a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária. Reação possível. ... Equilíbrio do contraditório, agora sim, nos traz a idéia de igualdade das partes. Tudo se faz para que haja uma igualdade de oportunidades das partes no processo. ... Por isso tudo nós vemos, então, que o princípio do contraditório é uma garantia que deve ser encarada e aplicada como garantia real de informação e de parti-

cipação no processo”. “O Princípio do Contraditório”, (RPGESP, SP, publ., 1982, pp. 30 e 36).

Comentando a garantia do contraditório, o Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho aclara: “Por isso, e decorrente do princípio do contraditório, é que vigora, no processo de tipo acusatório, a regra da igualdade processual, segundo a qual as partes — acusadora e acusada — se encontram no mesmo plano, com iguais direitos” (*Processo Penal*, SP, Saraiva, 1982, 6.ª ed. 1.º/49).

A garantia da ampla defesa assegura que o réu possa defender-se (autodefesa) e impera que seja defendido (defesa técnica), não acanhadamente, porém amplamente, durante todo o processo, visando a que não se profira decisão sem antes habilitar convenientemente a defesa frente à acusação. Revela-se, portanto, ora imbricada, ora entretecida com a garantia do contraditório.

Novamente com a palavra a Prof.ª Ada Pellegrini Grinover: “Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos — a informação e a possibilidade de reação — não há como negar que o conhecimento, insito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. ... Ação e defesa acabam transformando-se em abrangentes garantias do justo processo. E o contraditório, neste enfoque, nada mais é do que uma emanção daquela ação e daquela defesa. Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos — a informação — e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento — a reação” (*O Processo Constitucional*

em *Marcha*, SP, Max Limonad, 1985, pp. 10-11).

Vez mais o comentário do Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho: "Se o poder público é o responsável pela manutenção da ordem e, por isso mesmo, deve tomar as medidas necessárias para punir o autor da infração penal, não é menos certo constituir dever seu assegurar aos acusados ampla defesa, porquanto repugna à consciência jurídica de um povo possa alguém ser processado sem que tenha o direito de se defender. ...Não se deve esperar justiça de uma sentença, se uma das partes gozar de mais vantagens que a outra. Não havendo igualdade, a decisão a ser proferida não será justa, e, como o poder público tem interesse, em benefício da própria paz social, que as decisões sejam justas, determina ele que aos acusados seja dada ampla defesa". (Ob. cit. 2.º/384-385).

O princípio da igualdade processual, descendente do princípio da igualdade perante a lei, objetiva que as partes recebam tratamento igualitário, estando no âmago das garantias supra-referidas.

É um princípio bifacial, voltado a um só tempo ao processo e à lei processual.

Repare-se no discorrimento do Prof. Antônio Carlos de Araújo Cintra: "O Princípio da igualdade, no processo, se manifesta sob dois planos diferentes. Um seria o plano legislativo, em que se vê a imposição do princípio ao legislador enquanto este disciplina o processo. O outro seria o plano em que se coloca o Juiz, na sua função de direção do processo". ("O Princípio da Igualdade Processual", *RPGE SP*, SP, publ. 1982, p. 42).

Leia-se a exposição do Prof. José Afonso da Silva: "A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. (...) No sentido da concepção exposta, que é correta e pacificamente

aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei, em termos que especificaremos mais em baixo. Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções. ...O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: 1. como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2. como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça". (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, SP, RT, 1990, 6.ª ed., p.194).

Revisitada demoradamente a doutrina pertinente à matéria inquirida, é oportuno retomar a asseveração de que o preceito da nova lei não realiza nem observa disposições e princípios da Constituição, banhada agora, a asseveração, pelas luzes das explicações e conceitos encontrados.

Viu-se que o preceito da lei (processual penal) restringiu a informação que permeia o processo penal.

Viu-se que a informação (ou comunicação) é elemento basilar, coluna vertebral, das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidas na Constituição.

Viu-se que estas garantias cobram incisivamente o tratamento igualitário das partes pousado no princípio da igualdade processual, oriundo do princípio da igualdade perante a lei, insculpido na Constituição.

Viu-se que o princípio da igualdade processual (ou jurisdicional) dirige-se, além de ao juiz no processo, ao legislador para que não elabore leis processuais que ofendam a isonomia.

Dedutivamente, esta lei, com restringir a informação no processo penal,

atingiu, de um lance, aquelas garantias e este princípio, tisonando-se pela inconstitucionalidade material, pois, conforme se viu, norma que, em seu conteúdo, contraria a constituição padece deste vício.

Na prática, esta lei torna esmaecidas, voláteis e meramente formais as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa porque constringe a informação, substrato dessas garantias, e também porque inferioriza o réu, em si e por seu defensor, ante a parte contrária, a quem se prestará informação pessoal de todos os atos do processo gerando profundo desequilíbrio entre acusação e defesa e intensa ruptura do princípio da igualdade processual, quando não o alijamento da defesa, reduzida a pura formalidade por meio da "ficção" da ciência dos atos processuais.

Lei processual penal que é, esta lei, mais do que outras de natureza diversa, devia pôr-se em simetria com a Constituição, "sublimar-se" nela no dizer de Bettiol; todavia, ao reverso, afrontou os cânones constitucionais que disciplinam o processo e querem exatamente o oposto do previsto no preceito legal, razão pela qual incorreu em inconstitucionalidade que a fulmina com a ineficácia.

A propósito do seu alcance, surge incontível o desejo de crivar a lei de reprovação, não por gratuita causticidade, e sim por significar mais um rebento teratogênico da fértil inabilidade do legislador hodierno (essa figura abstrata...), cuja atecnia vem sendo constante no produto do seu trabalho.

À simples vista, percebe-se erro crasso somente atribuível à pouca sobriedade com que foi tratado assunto de tamanha importância e graves consequências para a defesa no processo penal.

Havendo acrescentado ao art. 370 o § 2.º, era necessário que tivesse renumerado o parágrafo único; não o

tendo feito, originou esdrúxulo dispositivo continente de um parágrafo único e um parágrafo segundo.

Dir-se-á mera questão de forma, e sem dúvida o é. Porém, denota grande descuido a traspasar a obra, comprometendo-a.

Compromete-a mais, entretanto, o seu conteúdo.

Como posta, a lei faz o § 2.º do art. 370 colidir com o seu *caput*, ou ser-lhe redundante.

Preceituando que "Consideram-se feitas as intimações pela simples publicação dos atos no órgão oficial..." o § 2.º aparentemente agride o art. 370, pois este prescreve que "Nas intimações (...) será observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo anterior", o qual, por sua vez, disciplina a citação, estabelecendo, em linhas gerais, que ela se fará pessoalmente por mandado ou precatória, ou via edital caso o réu não seja encontrado, se oculte, esteja em lugar inacessível ou seja incerto (arts. 351/369).

Assim enquanto o art. 370 determina, em remissão, que as intimações sejam feitas pessoalmente aos réus encontráveis e não revéis, bem como às "testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato", estaria o seu § 2.º a contrariá-lo, determinando que tais intimações fossem feitas por publicação no órgão oficial.

Não assim, o § 2.º estaria enunciando que, salvo aqueles que devem ser intimados pessoalmente, os restantes devem ser intimados via publicação, incorrendo em redundância, porque isso já o diz o art. 370.

Dado esse quadro de conflito, cumpre lembrar vetusto ensinamento de hermenêutica que manda procurar a interpretação mais eficaz a compatibilizar as normas legais, tendo em mente ser de se esperar que o legislador obre com método e coerência, de modo que não existam sobre o mesmo assunto normas

antagônicas, nem dispositivos e palavras inúteis nas leis.

Pondo em curso o ensinamento e compatibilizando o novo § 2.º com o art. 370 do CPP, infere-se que aquele tem por fim simplificar as publicações que com base neste se hajam de realizar.

Intato o *caput* do art. 370, permanece a distinção entre as situações que exigem a intimação pessoal e as que autorizam a intimação por publicação. Unicamente, dispensa-se para esta, agora, as formalidades inerentes às citações — como as do art. 365 do CPP e o próprio edital com sua afixação —, objeto do “Capítulo anterior” para o qual o art. 370 remete. Em abono disto, verifique-se que o novo § 2.º emprega o adjetivo “simples”, oposição de “complicado”.

Persiste, destarte, a obrigatoriedade de intimação pessoal aos réus encontráveis e não revéis e às “testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato”, se encontráveis, obviamente. De passagem, vale notar que, sob qualquer enfoque, é impraticável a intimação, por publicação, do ofendido, da testemunha, do perito, do intérprete, do advogado indicado no interrogatório e do defensor dativo quando da nomeação; o que reforça todo o sustentado.

Assume tal monta a canhestrice da lei, que somente o esforço da interpretação pode fazer o novo § 2º integrar-se no artigo e no código. Parece ser, a interpretação que se vem de ser, a mais apta para esse fim e a melhor para a incolumidade do direito de defesa.

Todavia, outra investigação resta efetuar, esta de âmbito específico: A convivência do novo § 2.º do art. 370 com o § 5.º do art. 5.º da Lei 1.060/50 (introduzido pela Lei 7.871/89), que dispõe: “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado

pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

Na busca de bem dilucidar o tema mostra-se curial descer à raiz de cada um dos dispositivos e identificar sua essência, daí seguir para o exame da sua dimensão até atingir e fixar o seu real efeito no mundo jurídico.

Na classificação das leis, o Código de Processo Penal toma a classe de lei geral, sendo esta a criada com o objetivo de abranger a grande massa de situações, relações e sujeitos de direito. Do seu escopo decorre a sua classe”.

A respeito do conceito leia-se breve ensinância do mestre de Plácido e Silva: “Leis Gerais”. São as “Leis comuns”, instituídas em caráter universal ou de generalidade. São, assim, as normas jurídicas que se aplicam a todas as pessoas ou a todos os casos, uniformemente, sem qualquer distinção ou exceção. Opõem-se às “Leis especiais”. (*Vocabulário Jurídico*, RJ, Forense, 1982, 7.ª ed. III/67).

Ainda, confira-se a lição do Prof. Vicente Rão, que, após observar serem equivalentes as expressões “normas de direito comum” e “normas de direito geral”, esclarece: “Do direito comum, De Ruggiero (...) diz que constitui um sistema de princípios gerais destinados a impor-se universalmente não só em todo território do Estado, mas, ainda a todas as relações que nele se formem e a todas as pessoas que destas relações participam”. (*O Direito e a Vida dos Direitos*, SP, RT, 1991, 3.ª ed. 1/175).

A Lei de Assistência Judiciária (Lei 1.060/50), por seu turno, toma a classe de lei especial, também aferida por decorrência do seu escopo. Constituído-se em antítese da lei geral, a lei especial é a criada com vistas a abarcar singulares situações, relações e sujeitos de direito.

Do mestre Plácido e Silva o conceito: “Leis Especiais. Opondo-se a “leis ge-

rais", são as que indicam "concessões" ou vêm estabelecer princípios de exceção acerca de certos fatos ou de certas pessoas. ...São leis, pois, que têm caráter 'restrito', pois que são impostas para regular relações de certas pessoas colocadas em determinadas posições ou em razão das funções exercidas. São as leis que dipõem sobre casos particulares" (Ob. cit., p.65).

Igualmente, do Prof. Vicente Ráo: "Direito especial é o que disciplina, apenas, certas particulares relações ou grupo de relações, ou se refere a determinadas pessoas e só a estas relações e pessoas se aplica, constituindo, em certo sentido, exceção aos princípios gerais" (ob. cit., p.175).

Amoldando-se ao quanto foi dito, dúvidas não ficam de que o Código de Processo Penal é lei geral e a lei de Assistência Judiciária é lei especial. Avulta a exatidão do afirmado a lembrança de que o CPP é um complexo de institutos jurídicos e a LAJ é um só instituto jurídico, voltado exclusivamente ao atendimento dos economicamente necessitados, com assento constitucional no art. 5.º, LXXIV, da CF.

Demarcada a essência das leis cotejadas e por conseguinte a dos dispositivos perquiridos, cabe delimitar a sua dimensão, a sua área de interpenetração.

Pergunta-se: Posterior que é, teria a Lei 8.701/93 derogado a Lei 1.060/50, particularmente no § 5.º do art. 5.º? Não, é a resposta que se pode adiantar.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei 4.657/42), no art. 2.º, § 1.º, dita: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

De plano, exclui-se a terceira hipótese (...quando regule inteiramente a matéria ...) porque absolutamente incompatível na espécie.

Em seguida, exclui-se a primeira hipótese (...quando expressamente o

declare...), pois não é aceitável que a fórmula "revogam-se as disposições em contrário", adotada pelo art. 3.º da lei 8.701/93, valha revogação expressa, tratando-se, sim, de superfluidade.

Invoca-se, neste passo, a preleção do jurista Carlos Maximiliano: "Dá-se revogação 'expressa' em declarando a norma especificadamente quais as prescrições que utiliza; e não pelo simples fato de se achar no último artigo a frase tradicional — 'revogam-se as disposições em contrário': uso inútil; superfectação, desperdício de palavras, desnecessário acréscimo" *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, RJ, Forense, 1981, 9.ª ed., p. 357).

Por fim, exclui-se a segunda hipótese (...quando seja com ela incompatível...), haja vista não ocorrer qualquer incompatibilidade entre o novo § 2.º do art. 370 do CPP, criatura da recente Lei 8.701/93, e o § 5.º do art. 5.º Lei 1.060/50, fruto da Lei 7.871/89, eis que predestinados à harmonia e comunhão.

O Código de Processo Penal, conjunto de institutos jurídicos, tem a finalidade de disciplinar a generalidade de casos e de fazer aplicar a vasto campo, bem por isto excluindo de si as situações fáticas e jurídicas que requestem tratamento diferenciado, ora em razão da matéria, ora em razão da pessoa.

A Lei de Assistência Judiciária, um só instituto jurídico, tem a finalidade inversa, disciplinando caso particular e aplicando-se a estrito campo, sempre em razão da pessoa (o necessitado).

Esta, é lei que nasce dentre as exclusões que aquele código faz; cuida de uma situação fática e jurídica (o necessitado frente ao judiciário) que requerer tratamento diferenciado. Logo, atua em complemento ao código.

Desta complementação provêm a coexistência e a validade simultânea de vários dispositivos aparentemente antagônicos; antagônicos tão-só na aparência porque aplicáveis, em precisa inter-

relação, cada qual ao seu campo de influência.

Por isso, não sucedia incompatibilidade entre tais dispositivos e, fluindo a ordem natural da coisas, não sucede agora entre o novo § 2.º do art. 370 do CPP e o § 5.º do art. 5.º da LAJ, aderido cada um deles ao seu correspondente instituto, sem entrechoque.

Neste quadro, vem a talho advertência do jurista Serpa Lopes: "Força é notar que a revogação tácita ou indireta não se presume; para que uma lei nova se reputa revogadora da anterior cumpre esbater-se uma incompatibilidade ou contrariedade formal e absoluta". (*Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, RJ, Freitas Bastos, 1959, I/55).

Não fosse suficiente, em se estendendo a pesquisa do tema encontra-se base monolítica onde fundar a convicção da não derrogação do § 5.º pelo novo § 2.º confrontados, já a caminho da fixação do seu efeito jurídico.

Estando visto que o novo § 2.º do art. 370 do CPP tem essência de lei geral e o § 5.º do art. 5.º da LAJ tem essência de lei especial, e que entre eles não vige incompatibilidade, é oportuno evocar o § 2.º do art. 2.º da LICC: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par da já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Isto feito, é inevitável reconhecer que a lei nova (Lei 8.701/93) estabeleceu "disposições gerais" (o § 2.º do art. 370 do CPP) *a par das já existentes* "disposições especiais" (o § 5.º do art. 5.º da LAJ), não revogando nem modificando a lei anterior (Lei 1.060/50). Ou seja, encasam-se perfeitamente a espécie examinada e o dispositivo anterior antetranscrito.

Comentando a Lei de Introdução ao Código Civil no pertinente à convivência da normas gerais e especiais, o e. Caio Mário da Silva Pereira explica: "Esta coexistência não é afetada quando

o legislador vote disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par de gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. (...) o que o legislador quis dizer (Lei de Introdução, art. 2.º, § 2.º, Lei Geral de Aplicação das Normas, art. 4.º, parágrafo único) foi que a generalidade dos princípios numa lei desta natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genérica da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar". (*Instituições de Direito Civil*, RJ, Forense, 1978, I/124).

Concernente ao mesmo texto colhe-se o esclarecimento do jurista Serpa Lopes: "O art. 2.º (sic) da Lei de Introdução anterior estabelecia que a disposição especial não revogava a geral, nem a geral revogava a especial, senão quando à ela, ou ao seu assunto, se referisse para alterá-la explicita ou implicitamente. A disposição atual, constante do § 2.º do art. 2.º, não enfrenta o problema em tais termos. Limita-se a prescrever que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, "a par das já existentes", não revoga nem modifica a lei anterior. Ora, essa expressão "a par das já existentes" significa tratar-se de normas que ficam "a par" das anteriores, quer dizer, iguais em qualidade e merecimento, e que podem atuar lado a lado, sem incompatibilidade". (Ob. cit., p. 56).

Sobre a mesma matéria, cingida porém ao art. 4.º da anterior Lei de Introdução ao Código Civil, compare-se o escólio do provento Clóvis Beviláqua:

"A lei posterior revoga a anterior, expressamente, quando assim o declara, ou tacitamente, quando há incompatibilidade entre as respectivas disposições. Mas, se a segunda lei é especial, isto é, se dispõe para um caso particular, ou para um determinado instituto, entende-

se que apenas abriu uma exceção à regra geral. Também, se leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princípio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, quando não a revoga, explícita ou implicitamente, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, di-lo-ia, claramente, a lei nova, ou disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto". (*Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, RJ, ED. Rio, 1979, Ed. Histórica, 1/107).

Do exposto, torna-se possível extrair a conclusão segura de que a Lei 8.701/93 não derogou o § 5.º do art. 5.º da Lei 1.060/50, expandindo-se a eficácia do novo § 2.º do art. 370 do CPP por toda a generalidade enfocada pelo código, ressalvada, no entanto, a eficácia do dispositivo contido na lei especial destinado a regular caso de exceção.

A guisa de ilustração, recorde-se que o § 5.º do art. 5.º da Lei 1.060/50 manda contar em "dobro todos os prazos" para o "Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente", não por outro motivo senão permitir a capacitação funcional-administrativa da Instituição frente ao volume de trabalho e às peculiares condições em que é realizado.

Essa distinção representa prerrogativa semelhante àquela encontrada no Código de Processo Civil em seu art. 188, que manda quadruplicar e duplicar prazos quando a Fazenda Pública ou o Ministério Público for parte. Deste artigo, falam os ilustres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: "Por isso, Fazenda e Ministério Público gozam da dilatação de prazos prevista no art. 188 do CPC: as partes não litigam em igualdade de condições e o benefício de prazo se justifica, na medida necessária ao estabelecimento da verdadeira isonomia. A Fazenda, em virtude da complexidade dos serviços estatais e da necessidade de formalidades burocráti-

cas; o Ministério Público, com vistas à distância das fontes de informação e de provas" (*Teoria Geral do Processo*, SP, Ed. RT, 1981, 3.ª Ed., p. 24).

Mantido o paralelismo traçado acima, constata-se que aquele mesmo motivo fundou também o § 5.º do art. 5.º da LAJ, no comandar que as intimações do Defensor Público ou de "quem exerça cargo equivalente" sejam feitas pessoalmente, assim como o seu correlato fundou o art. 236 do CPC, no comandar que as intimações do Ministério Público sejam feitas pessoalmente.

Outrossim, não é demais assentar que a Fazenda Pública Estadual é representada judicialmente pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, cujo seio agrega a Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão que substitui a Defensoria Pública no Estado.

Das mesmas causas os mesmos efeitos!

Corroborando a equiparação, atende-se para o v.acórdão relatado pelo Des. Dante Busana, de que são apanhados os excertos mais expressivos: "*A mens legis* não foi privilegiar a pessoa do réu pobre que não tem defensor constituído, mas facilitar o trabalho dos funcionários (Defensores Públicos, Procuradores da Assistência Judiciária, etc.) que, pelo volume de serviço a seu cargo e pelo entraves da estrutura burocrática em que se inserem, não teriam condições de cumprir os prazos legais e acompanhar as intimações feitas por publicação no Órgão oficial. ... Reforça a exegese aqui sustentada o fato da lei 7.891/89 (sic) determinar a *intimação pessoal*, de todos os atos do processo, ao Defensor Público ou quem exerça cargo equivalente, providência que, na tradição de nosso direito, se reserva ao Ministério Público (art. 236, § 2.º do CPC) e à Fazenda Pública". (EMB. DECL. na AP. CRIM. 86.962-3, TJSP, j.10.9.90).

Rematando, note-se que, caso o novo § 2.º do art. 370 do CPP houvesse derogado o § 5.º do art. 5.º da LAJ,

incongruente situação se instalaria, pois as intimações no processo civil continuariam a ser pessoais, enquanto no processo penal passariam a ser por publicação, afluindo para a incoerência e o absurdo, tanto maiores quando se vê que o percurso no CPC foi contrário: da intimação por publicação à pessoal. E é regra de hermenêutica consabida não se poder pretender que a lei tenha querido o incoerente e o absurdo.

Não é crível, porque não é sensato, que se tencione dar tratamentos opostos aos Defensores Públicos (ou quem exerça cargo equivalente) conforme lidem com o processo civil ou processo penal, intimando-os pessoalmente no primeiro e por publicação no segundo, sede na qual estão em foco, via de regra, interesses jurídicos de maior gravidade.

O sensato é a congruência: Do mesmo modo que no processo civil, no processo penal as intimações dos Defensores Públicos devem ser pessoais.

Procedendo dos fundamentos apresentados para a conclusão abrigada, compete reafirmar que a Lei 8.701/93 não atingiu a Lei 1.060/50 no seu art. 5.º, § 5.º, persistindo a indispensabilidade da intimação pessoal nos termos previstos pelo parágrafo mencionado.

Em síntese, a lei examinada está viciada pela inconstitucionalidade material; e teria o alcance de somente simplificar as intimações por publicação autorizadas pelo CPP, e não alteraria a obrigatoriedade da intimação pessoal dos Defensores Públicos ou quem exerça cargo equivalente estabelecida na LAJ, não estivesse viciada.

A INTIMIDADE E O DIREITO PENAL

IVETTE SENISE FERREIRA

Professora Titular de Direito Penal da USP

1. Introdução — 2. A noção de vida privada — 3. A tutela jurídica da vida privada — 4. A tutela penal da vida privada — 5. Conclusões: Algumas considerações de política criminal.

1. Introdução

O direito à desfrutar de uma esfera reservada da vida privada, inserido modernamente em todas as manifestações relativas a direitos e garantias individuais, constitui um dos aspectos mais interessantes da tutela das liberdades, que a multiplicação das pressões sociais fez crescer em importância, muito bem sintetizada nas considerações que faz George Burdeau a respeito do tema em sua obra *Les libertés publiques*.¹ São suas palavras: "Sans doute, si mon foyer est violé, si ma correspondance est ouverte, je n'en serais pas, pourtant, moins libre physiquement; mais c'est la qualité de cette liberté qui sera atteinte, je n'en aurai plus d'abri pour en jouir à ma convenance, plus de sécurité dans l'échange des idées ou des opinions avec mes correspondants lointains. Si mon intimité est menacée, ma liberté n'est plus qu'une liberté surveillée".

Embora essa liberdade, que permite ao indivíduo a segurança e a tranquilidade de viver a sua vida com um mínimo de ingerência alheia, de permanecer resguardado da curiosidade dos

olhares e dos ouvidos, encontre a sua referência física e a sua localização adequada no ambiente domiciliar e nos recantos privados, esses limites da antiga doutrina foram ultrapassados, como assinala René Ariel Dotti, reconhecendo-se possa ela ser fruída em qualquer ambiente ou situação. Em seu artigo "A liberdade e o direito à intimidade", o autor a define de forma sensível e poética, dizendo: "A intimidade é um sentimento, um estado de alma, que existe nos ambientes interiores, mas se protege também no exterior para ser possível a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É assim uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito".²

Em consequência, essa liberdade não implica necessariamente num isolamento, mas numa conduta de resguardo das interferências alheias, de não ser o indivíduo importunado pela curiosidade ou pela indiscrição, de poder desfrutar a sua paz de espírito e ver respeitados os atributos de sua personalidade, frente aos outros indivíduos ou ao Estado.

1. Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 4.ª ed., Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1972, p. 176.

2. René Ariel Dotti, "A liberdade e o direito à intimidade", in *Revista de Informação Legislativa*, abr./junho 1980, Brasília, p. 130.

Numa evolução paulatina, esse direito tem assumido novas formas e mais recentemente, como observa Colliard em sua obra *Libertés publiques*, apareceu como uma espécie de consagração da democracia liberal, configurando um direito do indivíduo em face do Estado ou da Administração Pública: o direito à informação — não mais um direito de defesa mas sim um direito a uma prestação positiva do Estado, de quem o indivíduo pode obter informação e explicações sobre dados pessoais constantes de registros públicos, podendo até mesmo retificá-los. Esse direito no Brasil foi consubstanciado no instituto do *habeas data*, previsto no n. LXXII do art. 5.º da CF/88.

A Constituição brasileira, a exemplo de outras Constituições modernas, também assegurou no mesmo art. 5.º, no n. X, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como o direito delas à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação.

Esse princípio constitucional, inserido entre os direitos e garantias fundamentais, tem sua origem próxima na Declaração dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia-Geral da ONU em 1948, que estabeleceu no seu art. 12: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

Todavia, o direito à intimidade tem origem mais remota, apontando-se a jurisprudência inglesa do século XVIII como o seu berço, embora aparições esporádicas surjam em registros mais antigos. Fato incontestável é que assume inicialmente o caráter de proteção ao domicílio para mais tarde evoluir para outras modalidades.

Todos os autores concordam que foi nos Estados Unidos, em fins do século

passado, que se estabeleceu a prática verdadeira do "*right of privacy*" ou "*right to be let alone*" a partir da obra de Warren e Brandeis — "*The right of privacy*",³ embora o primeiro caso apresentado à Corte Americana tenha sido rejeitado por 4 votos a 3, provocando grande celeuma de opinião pública, que acabou favorecendo a mudança de orientação dos Tribunais naquele país.

Na França foi também a jurisprudência que, à falta de normas específicas, muito contribuiu para o reconhecimento do direito à vida privada, só introduzido na legislação em 1970, sob a forma restrita de "lesão à intimidade", provocando discussões doutrinárias que forneceram importantes subsídios para o estabelecimento de uma distinção entre "intimidade" e "vida privada", considerada esta última mais abrangente, como se verá a seguir.

A questão internacionalizou-se na segunda metade do século XX quando o assunto passou a ser objeto de debates em inúmeros Congressos e Eventos internacionais, dentre os quais se destacam a Conferência Nórdica sobre o direito à intimidade, promovida em 1967 em Estocolmo pela Comissão Internacional de Juristas (que concluiu ser o direito à intimidade "o direito do homem de viver de forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia) e o Colóquio de Varenna, realizado no mesmo ano de 1967, onde foi apresentado importante trabalho por Franco Bricola, intitulado "*Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza*",⁴ no qual novos conceitos foram estabelecidos que dariam o rumo definitivo à questão no âmbito doutrinário.

3. Warren and Brandeis, "The right of privacy", in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193.

4. Franco Bricola, "Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1.079.

Estimulado por Bricola, com quem conviveu, e pelos debates do Simpósio de Varenna, a que assistiu, em 1969 apresenta-se o prof. Paulo José da Costa Jr. ao concurso para a cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP com um trabalho, pioneiro no Brasil, sobre a *Tutela da intimidade*, que depois, em sua 2.^a edição, passou a intitular-se *O direito de estar só*. Vinte anos mais tarde o autor retomaria suas considerações sobre a intimidade na obra que escreveu em co-autoria com Luiz Vicente Cernichiari, intitulada *Direito penal na Constituição*, partilhando então os dois insígnies juristas os conceitos sobre tal tutela, ampliada na Lei Magna mas ainda insuficiente e lacunosa na lei penal.⁵

Seguiram-se outros relevantes trabalhos sobre esse tema no direito nacional, que aprofundaram os debates, entre os quais sobressaem: *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, com o qual René Ariel Dotti conquistou o 1.^o Prêmio no Concurso Nacional de Letras Jurídicas, em 1979, promovido pela Secretaria da Justiça do Paraná,⁶ e a obra *Liberdades públicas e processo penal — as interceptações telefônicas*, com a qual Ada Pellegrini Grinover conquistou a cátedra de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP em 1980.

Nela ensina a autora que “todas as liberdades são públicas, porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe a sua intervenção”, esclarecendo que o que torna pública uma liberdade (qualquer que seja seu objeto) é a intervenção do Poder, através

da consagração do direito positivo. Porisso é oportuno distinguir entre liberdades públicas e direitos do homem, conceitos estabelecidos em planos diversos e com conteúdo diferente: “porque os direitos do homem indicam conceito jusnaturalista, enquanto as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem, através do direito positivo”.⁷

Daí a afirmação que faz René Ariel Dotti da existência de um “direito à liberdade da vida privada”, que deve ser reconhecido pela ordem jurídica para que tenha ele o “direito de se ser e agir de acordo com a própria vontade”.⁸ Seria, na lição de Jean Rivero, o reconhecimento, em proveito de cada um, de uma zona de atividades que lhe é própria e que ele tem a prerrogativa de proibir a outras pessoas.⁹

2. A noção de vida privada

Costumam ser utilizadas na doutrina indiferentemente as expressões “vida privada” ou “esfera da vida privada” e “intimidade”, embora se possa fazer quanto a elas uma distinção fundamental. Na verdade o termo “vida privada” é mais amplo, com características propiciadas pela doutrina francesa que considera a intimidade uma esfera mais restrita do direito à vida privada, de acordo com a tutela estabelecida pela Lei de 1970, que se referia à “intimidade da vida privada”.

Deve-se aqui observar também ser de uso corrente a expressão “privacidade”. Todavia, todos os dicionários registram como sinônimo de intimidade a palavra

5. Paulo José da Costa Jr. e Luiz Vicente Cernichiari, *Direito penal na Constituição*, S. Paulo, RT, 1990.

6. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, S. Paulo, RT, 1980.

7. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, 1982, p. 7.

8. René Ariel Dotti, ob. cit., p. 232.

9. Jean Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1977, p. 66.

“privaça” e não “privacidade”, a que não fazem menção. Deixamos de utilizar a primeira por considerá-la desueta e pedante, além de carecer de sonoridade; quanto à segunda, não a abominamos, por considerá-la um anglicismo, provável tradução do termo “*privacy*” da língua inglesa. Todavia, sem qualquer preconceito de raça, daremos preferência às expressões utilizadas em França, por já estarem consolidadas na língua portuguesa.

Analisando a vida privada, costumam os autores fazer uma comparação entre duas esferas como círculos concêntricos, sendo uma de raio menor que a outra, a da vida privada e a da intimidade.

Henkel distingue entre duas esferas diversas nas quais o homem desenvolve a sua personalidade: a esfera individual (*Individualsphäre*) e a esfera privada (*Privatsphäre*). Na primeira o homem procura satisfazer seus interesses como participe do consórcio humano através de um livre desenvolvimento na vida de relação: na segunda, o interesse por uma livre existência, na qual deve ser protegido contra as indiscrições. Pertencem à esfera individual, como suas mais importantes manifestações, o direito ao nome, o direito à imagem e à reputação. Na esfera privada cuida-se de interesses da individualidade que buscam seu desenvolvimento no isolamento (físico ou moral), no recato, na intimidade, e que precisam ser protegidos das intromissões que os possam perturbar.¹⁰

A esfera privada, por sua vez, pode ser subdividida em esferas progressivamente menores, na medida em que a intimidade vai se restringindo, como sugere Henkel. Assim, no âmbito maior, que é a esfera privada *stricto sensu*

(*Privatsphäre*), estão compreendidos os acontecimentos que o indivíduo não quer ver no domínio público e que são do conhecimento de um círculo determinado de pessoas. Em seu bojo, na esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*), situam-se as conversas e os acontecimentos íntimos, dos quais participam somente aquelas pessoas com as quais o indivíduo mantém relações mais íntimas ou de certa confiança. No seu âmago, porém, situa-se a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), que compreende a parcela da vida particular da qual partilham poucas pessoas, só as muito próximas, excluindo-se até mesmo várias das que participam da sua intimidade, fazendo-se necessária uma proteção mais intensa.

É lógico que essas esferas são flexíveis, sendo impossível fazer-se uma rígida separação, e sua amplitude dependerá não somente da categoria social, ou *status* do indivíduo, mas também de sua profissão e do seu modo de ser.

Por isso as personalidades em evidência, no mundo artístico, científico, político ou social, costumam ter reduzido o âmbito de sua vida privada pelo interesse público em conhecer-lhes a vida íntima, a qual embora limitada não poderá deixar de merecer a proteção legal em seus aspectos essenciais. Nesse sentido inúmeras vezes os Tribunais têm se manifestado para garantir a reserva da vida particular de celebridades, a qual não pode e não deve ser sacrificada pela curiosidade malsã e pelo sensacionalismo dos meios de comunicação de massa.

Essa indeterminação torna difícil dar aos conceitos uma definição exata, preferindo-se, na orientação legislativa, deixar o conteúdo dos direitos assegurados à apreciação da jurisprudência, que casuisticamente irá determiná-lo em função da natureza do caso e da condição das pessoas. Daí poder empregar-se indistintamente as expressões, “vida

10. Henkel, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Band II, Tübingen, 1958, p. 81.

privada" e "intimidade da vida privada" ou "reserva da vida privada", e mesmo "intimidade", num sentido amplo, que deverá abranger todas as situações mencionadas.

Quanto à pretensa distinção feita por alguns autores italianos, como Traverso,¹¹ entre o direito ao respeito da vida privada ("diritto alla segretezza") e o direito à intimidade ("diritto alla riservatezza"), que teriam conteúdo diferente, sendo o primeiro o direito de impedir que a atividade de terceiros venha a conhecer ou descobrir as particularidades da vida privada alheia, e o segundo o de impedir a divulgação de notícias particulares, legitimamente conhecidas pelo divulgador, não prevalece ela, no entendimento da melhor doutrina, de que é arauto Paulo José da Costa Jr. em seu trabalho "Tutela penal da intimidade", inserido nos seus *Comentários ao Código Penal*.¹²

Esclarece o mestre que na expressão "direito à intimidade" são tutelados dois interesses que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito é o mesmo, variando apenas o interesse protegido pelo direito, constituindo dois aspectos da proteção legal a diferentes modalidades de agressão. Trata-se, conclui ele, de dois momentos do mesmo direito subjetivo.

Correta nos parece para designá-lo a expressão "direito à intimidade da vida privada", sugerida por René Ariel Dotti em sua obra *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, que a julga preferível a "direito à intimidade" por ser de melhor técnica, já que esse bem jurídico não pode ser considerado isola-

damente, mas sim em referência a algo. No caso, à vida privada, que é a sua moldura.¹³

3. A tutela jurídica da vida privada

A tutela jurídica da vida privada foi inicialmente feita, nas várias legislações, naqueles aspectos que, no entender de Georges Burdeau, são os dois componentes essenciais da liberdade da intimidade: a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade de correspondência, que são prolongamentos da segurança individual. Assim se manifesta ele na sua obra *Les libertés publiques*: "S'il est un droit inscrit dans la nature de l'homme c'est bien celui de faire de sa maison et de sa correspondance un lieu de delectation et de paix".¹⁴

Na França, embora já existissem as normas relativas à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e do segredo, o seu reconhecimento expresso ingressou na ordem jurídica somente pela Lei de 17.7.70, que inseriu no Código Civil um art. 9, segundo o qual "todos têm direito ao respeito de sua vida privada", ao mesmo tempo que no seu art. 23 modificava os arts. 368 a 372 do CP, criminalizando as ofensas à vida privada.

Essa lei, no entender de Rivero,¹⁵ reconhecendo expressamente o direito ao respeito à vida privada e adotando medidas para a sua proteção, tanto na órbita civil quanto na penal,¹⁶ foi uma

13. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 70.

14. Georges Burdeau, ob. cit., p. 176.

15. Jean Rivero, ob. cit., p. 74.

16. O art. 9.º da Lei de 17.7.70 dispunha: "Chacun a droit au respect de sa vie privée". E acrescentava: "Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être

11. Traverso, "Riservatezza e diritto al rispetto alla vita privata", in *Rivista di diritto ind.*, 1963, p. 2

12. Paulo José da Costa Jr., "Tutela penal da intimidade", in *Comentários ao Código Penal*, 2/144-145, S. Paulo, Saraiva, 1988.

resposta às crescentes ameaças que se avolumaram na época contemporânea em virtude do progresso das técnicas de espionagem da intimidade, e das mil maneiras de intromissão na vida das pessoas pela escuta, gravação, transmissão de pronunciamentos ou de imagens, que incluem até mesmo os meios da informática.

Inúmeras considerações têm sido feitas sobre as relações entre o desenvolvimento tecnológico e a tutela da personalidade. Para Vassali¹⁷ essas relações envolvem um duplo processo: de um lado, a personalidade do indivíduo se enriquece com o progresso técnico sob todos os aspectos; por outro lado, a sociedade avança, em nome do progresso técnico, sobre os interesses íntimos, com riscos para a liberdade, que a própria sociedade deveria limitar.

Tornaram-se assim estreitos os limites da proteção legal até então concedida, enfraquecendo-se a idéia de que o domicílio é um refúgio inviolável, e diminuindo o respeito à pessoa humana, vítima de violações flagrantes, praticadas muitas vezes pela própria Administração Pública ou pelos órgãos de comunicação no abuso do seu direito de informação.

A matéria recebeu nos últimos tempos uma consagração a nível constitu-

cional, com a garantia formal do direito à intimidade efetuada na maioria das Constituições modernas, entre as quais a de Portugal (1976, art. 33), a da Espanha (1978, art. 181) e a do Brasil em 1988. Alguns países reuniram em legislação autônoma os dispositivos concernentes à proteção da vida privada, como a Suécia, com a Lei de 11.5.73 e a França, com a Lei de 17.7.70, à qual se juntou em 1978 uma lei que tratou especificamente da informática e das liberdades.¹⁸

No nível infraconstitucional, todavia, a situação deixa a desejar no direito brasileiro. A relevância desse direito não teve ainda no nosso sistema jurídico o tratamento devido e compatível, não se ultrapassando propostas bem intencionadas mas não consubstanciadas, como o Anteprojeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes e o de Código Penal, por Hungria, em 1963, que não resolveram o problema mas abriram perspectivas para maior desenvolvimento das soluções.

O Anteprojeto de Orlando Gomes considerava os direitos da personalidade sem destacar o direito à vida privada, reconhecido porém mais tarde pelo Mestre como um "direito ao recato", embora a intimidade, como um dos direitos da personalidade, já houvesse sido objeto de minuciosa análise por Pontes de Miranda, no seu *Tratado de Direito Privado*.¹⁹

Posteriormente, no Projeto Reale, embora não houvesse relação exaustiva dos direitos da personalidade, por opção

ordonnées en référé". O art. 23 dessa mesma lei modificou os arts. 368 a 372 do Código penal, prevendo penas de 2 meses a 1 ano de prisão e multa de 2000 a 5000 F, ou somente uma delas, para aqueles que voluntariamente ofenderem a intimidade da vida privada de outrem, escutando, gravando ou transmitindo por meio de qualquer aparelho, as palavras pronunciadas por uma pessoa sem o consentimento desta, ou ainda fixando ou transmitindo, por meio de qualquer aparelho, a imagem de uma pessoa sem o consentimento desta.

17. Giuliano Vassali, "A proteção da esfera da personalidade na era da técnica". trad. Amaro Alves de Almeida Filho, in *Justitia*, 56/45, 1967.

18. Lei 78-17, de 16.1.78, que no seu art. 1.º dispõe: "A informática deve estar a serviço de cada cidadão. O seu desenvolvimento deve operar-se no quadro da cooperação internacional. Ela não pode atentar contra a identidade humana, os direitos do homem, a vida privada e as liberdades individuais ou públicas".

19. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, p. especial, VII/124, RJ, 1956.

de seus elaboradores, pôde-se notar uma evidente preocupação em proteger a vida privada, de forma indireta, pelas referências à imagem, à honra, à boa fama e respeitabilidade do indivíduo.

No âmbito da tutela jurisdicional inúmeros problemas foram levantados no que se refere às interceptações telefônicas como meio de prova, sobretudo no período que antecedeu a preparação da atual Constituição.

O Código de Processo Civil, promulgado em 1973, admite como provas "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" (art. 332), referência que acirrou o debate na doutrina sob o ponto de vista da licitude e da ética de tais provas. Concluiu-se deverem ser aceitos todos os meios modernos de captação, entre os quais as fitas gravadas de conversas telefônicas, desde que obtidas lícitamente, proscrevendo-se as ilícitas, para as quais se recomendava mais eficiente criminalização. Já o Anteprojeto de Código de Processo Penal, na sua versão revista de 1983, dispunha, no art. 257, serem admissíveis como prova "todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código".

A matéria foi objeto de acurada análise por Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *Liberdades públicas — As interceptações telefônicas*,²⁰ destacando ela a necessidade de estabelecer limites legais à inviolabilidade do sigilo das comunicações tendo em vista o interesse público, como acontece com outros princípios constitucionais, além de enfatizar a absoluta inadmissibilidade processual da prova ilícita obtida com infração das normas constitucionais. Por isso ofereceu, com apoio de outros processualistas, sugestões à Constituinte no sentido de incluir menção expressa no texto da Lei Magna, o que afinal

ocorreu, dispondo o seu art. 5.º, XII ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, "salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A referência inovadora que o preceito constitucional faz à inviolabilidade dos dados vem atender aos reclamos da proteção da intimidade contra a sua violação também pelos processos técnicos da informática, que pode propiciar a devassa da vida privada através da manipulação indiscriminada de informações pessoais, especialmente aquelas consideradas confidenciais, armazenadas nos arquivos públicos e privados, tais como os pertencentes a Bancos, Centrais de Proteção ao Crédito, Receita Federal e outros órgãos de informação. Essa questão, porém, necessita ser melhor dimensionada no direito brasileiro e seu debate apenas começou, como faz prova o excelente trabalho de Juarez Tavares intitulado "A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada", publicado na recém lançada *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que situa o problema no âmbito da intimidade, na esfera da proteção dos segredos.²¹

4. A tutela penal da vida privada

A tutela penal da vida privada foi tradicionalmente elaborada no Direito brasileiro, como ocorreu em outras legislações, através das normas referentes à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos, garantidoras de direitos fundamentais da pessoa humana, mas não encontrou ainda, ao contrário do que ocorreu em outros países,

20. Ada P. Grinover, *Liberdades públicas e processo penal — As interceptações telefônicas*, 2.ª ed., SP, RT, 1982.

21. Juarez Tavares, "A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan.-março, 1993, SP, RT, p. 105.

uma formulação à altura da modernidade dos nossos preceitos constitucionais e da evolução da nossa doutrina.

O Código Penal de 1940, no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, além de prever figuras de proteção à liberdade pessoal (de ir e vir, fazer ou não fazer), incluiu os tipos penais de violação de domicílio (art. 150), violação de correspondência ou de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151), violação de correspondência comercial (art. 152), divulgação de segredo (art. 153) e violação de segredo profissional (art. 154).

Todas essas figuras têm como parâmetros de ilicitude o dissenso do ofendido e a ausência de justa causa para a conduta incriminada, pelo que ficam estabelecidas certas limitações ao direito à intimidade e à sua proteção legal, seja pela predominância do interesse público, a que o indivíduo deve sujeitar-se, seja pelo conflito com as esferas pessoais de seus concidadãos.

Entre os esforços que se materializaram na área penal para uma ampliação da tutela legal com relação aos direitos da personalidade podemos citar como iniciativa pioneira o dispositivo do art. 161 do Anteprojeto de novo Código Penal apresentado por Nelson Hungria em 1963, que dispunha sobre a captação indevida da conversação privada mediante processo técnico. O avanço era tímido, não se referindo a outras atividades, já acolhidas em Códigos europeus, que incriminavam o registro, a reprodução e a divulgação de conversas.

A repercussão dos eventos internacionais que tratavam do tema e a tese defendida por Paulo José da Costa Jr. sobre a "Tutela penal de intimidade", em que o autor fazia sugestões de *lege ferenda*, certamente contribuíram para que o Código Penal de 1969 acolhesse em sua tipologia da Parte Especial o crime de "violação da intimidade", ao qual era cominada a pena de detenção

até um ano ou multa, assim descrito no seu art. 161: "violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente". "Nas mesmas penas incorre quem divulga os fatos captados".

A fórmula resultou mais ampla do que aquela apresentada por Nelson Hungria em seu Anteprojeto, mas também não vingou...

Se o Código Penal de 1969 tivesse vigorado teria sido tutelada a vida privada contra intromissões abusivas de qualquer pessoa, seja pela captação ou pelo registro de fatos ou palavras que deveriam permanecer sob reserva, seja pela sua divulgação não consentida, independentemente da ocorrência de qualquer resultado danoso. Mas a ação teria que ser praticada necessariamente por processo técnico, que constituía elemento do tipo, pelo qual são fixadas indevidamente cenas da vida de uma pessoa, mesmo que não se encontre ela em situação de particular intimidade, como observa Heleno Fragoso em suas *Lições de Direito Penal*.²²

Quanto à captação de palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente, levou-se em conta a reserva que devem merecer essas manifestações orais, cujo conteúdo é indiferente para a existência do crime, o qual porém não poderá existir se tiverem sido proferidos em público ou em lugar público, ao alcance, pois, de outras pessoas.

Mas o Código de 1969 foi definitivamente revogado sem que a inovação tivesse podido preencher a lacuna que ainda se faz sentir nessa matéria.

Não obstante, a incriminação voltou a ser considerada, e ampliada, pelo

22. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, II/254, 9.ª ed., RJ, Forense, 1987.

grupo de notáveis juristas que prepararam o Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal em 1983, entre os quais figuram, René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro e Miguel Reale Jr., tendo sido prevista uma seção inteira dedicada aos “crimes contra a reserva da vida privada”, como foram intitulados, onde figuram, além da violação de domicílio, a violação da intimidade, na qual se insere a da imagem da pessoa, e ainda o crime de abuso de informática.

A violação da intimidade, no seu texto definitivo revisto em 1987, recebeu a seguinte configuração: “Art. 157 (violação da intimidade): “Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato ou imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada: Pena — detenção de três meses a um ano.

(Crimes assemelhados à violação da intimidade).

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, indevidamente, propala ou divulga imagem, escrito, palavras ou fato, ainda que deles tenha participado”.

“Art. 156 (abuso de informática): “Fornecer ou utilizar indevidamente, dado da vida privada de alguém, constante de fichário automatizado”. Pena — detenção de três meses a um ano”.

Nas Disposições Gerais, o art. 157 prevê um aumento de pena até o dobro se o agente atua com fim de lucro ou com abuso de função, e o art. 158 subordina a ação penal nesses crimes à representação do ofendido.

Percebe-se o alargamento da proteção legal no exame desses dispositivos, com a adoção de uma fórmula ampla que para a violação da vida íntima de alguém considera qualquer meio idôneo, e não mais o simples processo técnico, não fazendo também a norma qualquer referência a um determinado âmbito espacial, como era feito no sistema proposto anteriormente.

A divulgação dos fatos da intimidade não é exigível para a configuração do delito de violação, podendo porém constituir seu momento ulterior, absorvido no tipo, segundo ensinamento de Mantovani na doutrina italiana,²³ mas pode a mesma ser incriminada de *per si*, quando indevida, conforme faz o parágrafo único do artigo proposto.

Nesse sentido é também a lição de Bricola, que distingue entre o direito ao respeito à vida privada, que é ofendido pela interferência do intruso, e o direito à intimidade, ofendido pela divulgação da mesma.²⁴

Paulo José da Costa Jr., nos seus *Comentários ao Código Penal*, ao fazer a análise dos dispositivos do Anteprojeto brasileiro sugere mudança de redação da forma assemelhada de delito, substituindo-se o termo “propalar”, que é sinônimo de “divulgar” pelo verbo “revelar”, mais apropriado, no seu entender, que foi também o utilizado pelo legislador italiano ao tipificar a interferência ilícita na vida privada, no art. 615-bis, introduzido no Código Penal daquele país em 1974, sujeitando à mesma pena (reclusão de 6 meses a 4 anos) aquele que “rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo”.²⁵

Já no Código penal alemão, no delito sutilmente chamado de “proibição de estar à escuta” (art. 298), a severidade do legislador foi maior, punindo não somente quem “intercepta a palavra de

23. F. Mantovani, “Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione di pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi”, in *Archivi Giuridici*, 1968, p. 67.

24. Bricola, *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970, p. 77.

25. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. especial, 2/186, SP, Saraiva, 1988.

outrem, falada não publicamente, não destinada ao seu conhecimento”, mas também quem “recolhe num gravador de som a palavra de outrem, falada não publicamente” ou então “serve-se de um registro assim produzido ou o faz acessível a um terceiro”.

Indo ainda mais longe, o legislador português, além de mencionar nas tipificações dos arts. 176 a 186 quase todas as condutas possíveis e previsíveis de violação da reserva da vida privada, incluiu no art. 180 o simples fato de “observar às ocultas as pessoas que se encontrem em lugar privado”, punindo assim, com bastante acerto, todas as formas de *voyeurismo*.

Quanto ao abuso de informática, o texto definitivo do art. 156, alterou a redação anterior para uma fórmula concisa que abrange todas as condutas de divulgação ou utilização indevidas de dados pessoais informatizados, inclusive os de operações bancárias na inexistência de mandado judicial, o que é muito apropriado, nos dias que correm, tanto para a tutela da intimidade quanto para a ordem e segurança pública, objeto da Lei italiana 121, de 1.4.81, que Paulo José da Costa Jr. preconizava que servisse de modelo nessa questão.²⁶ Sugeriu ele também a previsão da forma culposa, por ser muito freqüente na prática, estimulando-se assim o dever de cuidado por parte da pessoa incumbida da custódia do banco de dados.

O Código penal português também apresenta-se mais completo nesse assunto, punindo no seu art. 181 a chamada “devassa por meio de informática”, com grande elenco de condutas delituosas que incluem desde a criação de dados automatizados de caráter pessoal, com infração da lei, a sua alteração intencional, até o desvio de finalidade das informações pessoais legalmente consentidas. E a sanção prevista pode ser

duplicada para aquele que “processar ou mandar processar dados de caráter pessoal referentes a convicções políticas, religiosas, filosóficas, bem como outras atinentes à privacidade, em infração à lei”.

Procura-se dessa forma fazer frente à crescente massificação do acesso aos meios eletrônicos que favorecem a intromissão alheia na esfera da vida privada, e que o direito penal pode ajudar a obstar.

5. Conclusões: Algumas considerações de política criminal

Conforme foi amplamente noticiado pela imprensa, um novo Anteprojeto de Código Penal está sendo elaborado por um grupo de juristas, no Ministério da Justiça, sob a direção de Evandro Lins e Silva.

Prevê-se assim uma revisão completa da Parte Especial do Código Penal, com a inclusão de diversos tipos penais (e a exclusão de outros), muitos deles nas áreas dos crimes contra a pessoa, a fim de atualizá-los face aos avanços da técnica, e aos usos e costumes sociais.

As discussões doutrinárias e os estudos de direito comparado são, pois, bastante oportunos e apropriados, tanto quanto as opiniões da sociedade civil, que a Comissão já começou a auscultar. É este o momento de se definirem as diretrizes de uma Política Criminal adequada à nossa realidade e às necessidades da tutela jurídica e dos fins do direito penal.

É de recordar-se aqui a lição de Wilfried Hassemer tecendo considerações sobre o conflito entre política e tradição, entre progresso e segurança jurídica, entre modernidade e conservadorismo, entre movimento e imobilismo na política do Direito penal, o qual deve afirmar (através da cominação da sanção) e assegurar (através da execução da pena) as normas básicas essenciais de

26. Idem, ibidem.

convivência que em cada sociedade se considere serem indispensáveis.²⁷

Para isso há de consultar-se a consciência coletiva, conforme ressalta muito bem Luiz Alberto Machado ao tratar da criação do direito e da tipificação penal em seu trabalho sobre "O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal" publicado nos *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*.²⁸

E não há dúvida que a consciência coletiva aprova a necessidade de ser assegurada pela ordem jurídica a paz e o equilíbrio do indivíduo, que pressionado pelo ritmo desenfreado da vida moderna, se vê muitas vezes impedido, pela indevida intromissão alheia, de alcançar aquela "liberdade interior" de que falava Marcuse, definida por ele como "o espaço privado no qual o homem pode tornar-se e permanecer ele próprio".²⁹

Por outro lado, no plano internacional também se cuidou do assunto,

constituindo recomendação da ONU a prevenção da utilização abusiva da ciência e da técnica contra os direitos e as liberdades democráticas, conhecida a defasagem entre os avanços tecnológicos e a morosidade das renovações legislativas.

É fora de dúvida que a vida privada é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e que o progresso técnico pode e deve ser compatibilizado com as concepções do progresso social e humano. Nessa tarefa, como salienta Vassali, deve-se levar em conta, porém, que "nenhum impedimento jurídico ao uso deste ou daquele meio oferecido pela técnica moderna será suficiente garantia para a personalidade humana se o homem não for modificado, educado, cultivado, transformado".³⁰

É esta a proposta de Miguel Reale Jr., quando fala em "humanizar e punir", como fins da reforma penal que comenta em sua obra *Novos rumos do sistema criminal*,³⁰ afirmando que com a retribuição penal "visa-se outrossim a que a pena sirva para sugerir valores e comportamentos, que facilitem ao condenado enfrentar, com menos conflito, a vida em sociedade". Cumpre-nos, pois, suscitar novas atitudes que permitam a preservação dos mais caros valores da nossa vida social e da nossa condição humana.

27. W. Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, pp. 397 e ss.

28. Luiz Alberto Machado, "O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal", in *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, SP, RT, 1992, p. 238.

29. H. Marcuse, *Ideologia da sociedade industrial*, trad. Giasone Rebuá, RJ, Zahar Editores, 1967, p. 30.

30. G. Vassali, ob. cit., p. 76.

2 — DOCTRINA NACIONAL

DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTINÊNCIA E CRIME CULPOSO

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI

Procurador de Justiça aposentado. Professor de Direito Penal na USP. Advogado Criminalista

1. Introdução — 2. Devido processo legal — 3. Jurisprudência — 4. Devido processo legal e verdade material — 5. Devido processo legal e indivisibilidade da ação penal — 6. Aditamento e indivisibilidade — 7. Os crimes culposos: 7.1 A estrutura dos tipos culposos; 7.2 Tipos culposos e atividade jurisdicional; 7.3 Para que se cumpra o dever de cuidado, o causador deve conhecer o seu conteúdo — 8. Conclusões.

1. Introdução

Desde logo queremos ressaltar que o princípio do devido processo legal não apareceu na nossa doutrina e na nossa jurisprudência somente após o advento da Constituição de 1988, muito embora tenha sido com esta que o princípio ganhou o suporte constitucional. Também não é menos verdade que a falta de um cânone constitucional tornasse a garantia bem menos precisa, mas nem por isso era ignorada ou não aplicada. Em 1961, já escrevia José Frederico Marques, indubitavelmente, um dos mais lúcidos processualistas que o nosso país produziu: “No art. 141, § 27 (da Constituição de 1946), vem consubstanciado o princípio do juiz natural conjugado ao princípio do “devido processo legal”...”. Daí cercarem as Constituições os órgãos judiciários de garantias que lhes dêem independência e imparcialidade para o exercício do poder de julgar”.¹

2. Devido processo legal

Atualmente, o *due process of law* não mais aparece como um direito subjetivo, como era assinalado pela doutrina anterior. Hoje, parece-nos ser unânime a doutrina no sentido de que o devido processo legal é garantia, e, como tal, é vista pela nossa Carta Magna: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). Urge, agora, estabelecer aquilo que se deve entender por devido processo legal. Socorremo-nos da lição do conhecido processualista Humberto Teodoro Júnior: “a garantia do devido processo legal se polarizou em torno de algumas idéias ou categorias fundamentais como a garantia do juiz natural, a garantia do contraditório e ampla defesa e garantia de adequação das formas procedimentais.”² Ada Pellegrini Grinover, após assinalar não ser o devido processo

1. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Forense, Rio, 1965, I/209-211.

2. “A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional” (artigo), in *Atualidades Jurídicas* (coordenação de Ernane Fidélis dos Santos), Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1992, p. 22.

legal um direito subjetivo, como entendem alguns, mas uma efetiva garantia das partes e do próprio processo, diz, textualmente: "Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos é guardando com estes uma relação de instrumentalidade. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões".³ E, em outro de seus trabalhos, afirma a festejada autora: "O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões".⁴

Nessa mesma linha de conclusões, escreve Rilda Saraiva: "São exatamente essas garantias que asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. São, enfim, essas garantias que asseguram à Sociedade fazer justiça, com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e

não, meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias. A luta contra o crime exige efetivamente severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime, certeza do julgamento e efetiva punição dos culpados, no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminosa seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o "terrorismo penal", para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimar a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes.

A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um devido processo legal. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade" (Cf. Valiante, *Il nuovo processo penale; processo per l'uomo*, Milão, 1975, p. 45).⁵

Rogério Lauria Tucci, com a sua reconhecida autoridade, ao examinar o que se convencionou chamar de paridade de armas no processo, assevera: "Nesse derradeiro enfoque, como adver-

3. *Novas tendências do direito processual, de acordo com a Constituição de 1988*, Forense Universitária, Rio, 1990, p. 2.

4. *O processo constitucional em marcha* (série estudos jurídicos), Max Limonad, S. Paulo, 1985, 2/1.

5. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, Saraiva, S. Paulo, 1992, p. 69.

te Tarzia, não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o *processo* legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, aos revés, ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes, ou seja, “um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias. Acrescente-se que, relativamente ao *processo judicial*, o devido *processo legal* se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”.⁶

O *due process of law*, assegurado constitucionalmente, não se exaure, pois, numa visualização simplista, na imparcialidade do juiz, na justiça de suas decisões, e nem mesmo na adoção da regra — para muitos, princípio —, do contraditório. Este, numa visualização restrita e imperfeita, se exauriria na igualdade processual entre as partes, que se encontram num mesmo plano, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*), com o que se lhes assegura a possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, intervindo nos depoimentos, ofertando alegações escritas ou orais, recorrendo das decisões etc. A clarividência e a genialidade de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, faz já muito tempo, assinalou que “o contraditório é, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possi-

bilidade de contrariá-los”.⁷ Este conceito, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, tornou-se clássico, “no sentido de constituir o contraditório expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los”.⁸

A lição do antigo mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, parece-nos, insere-se naquilo que, hodiernamente, denomina-se *efetividade da expressão jurisdicional*, que se caracteriza pela aptidão de um meio ou instrumento com o objetivo da realização dos fins ou criar os efeitos para que ela se constitua. Daí, a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni, fundamentada no pensamento de Proto Pisani e Barbosa Moreira: “Ora, se o Estado tem o dever de prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como tutela apta a tornar efetivo o Direito Material, o homem tem o direito “à adequada tutela jurisdicional”, que é elemento imprescindível do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional”.⁹

É dentro desse raciocínio, mas com exposição mais abrangente, que Ada Pellegrini Grinover fixa o seu magistério: “Do conteúdo clássico do *due process of law*, como garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*. A Cláusula transforma-se na garantia real da ordem jurídica: *judicial process* não significa processo judicial, mas a aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim,

7. *A contrariedade na instrução criminal*, ed. do autor, S. Paulo, 1937, p. 110.

8. *Novas tendências...* cit., p. 4, em nota.

9. “O direito à adequada tutela jurisdicional” (artigo) in RT 633/244.

6. Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 67-68.

due process of law é, em sentido amplo, a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A Cláusula não mais se limita à determinação processual dos direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado".¹⁰

A Constituição de 1988 (art. 5.º, LV), numa redação bem mais precisa e perfeita do que aquela contida no art. 153, §§ 15 e 16, da Carta de 1967/69, mas ambas declinando o mesmo postulado, diz, textualmente: "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". Trata-se, na realidade, de um corolário decorrente do devido processo legal, mais precisamente, da regra do contraditório, como já assinalamos, e, com ela, a fixação de que a ampla defesa enseja o exercício de todos os meios e recursos a ela inerentes. É por isso que se tem salientado ser o direito de defesa do réu, defesa técnica acrescentamos, uma garantia. É o que também observa Vittorio Denti: "Sotto un secondo aspetto, la difesa costituisce no già un diritto, ma una garanzia, come esigenze di un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico generale che trascende l'interesse dell'imputato (o della parte) ed è soddisfatto soltanto se il contraddittorio è effettivo, se uguaglianza delle armi è reale. Si tratta qui di assicurare un *due process of law* o di realizzare un *fair trial*, il che può richiedere (ed, anzi, nella maggior parte

dei casi richiedi) la presenza in giudizio del difensore".¹¹

Este entendimento também vem explicitado na doutrina pátria por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, vasado nos seguintes termos: "A garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade, em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que, no procedimento em que este se materializa, se verifiquem todas as formalidades e exigências, em lei previstas".¹² Rogério Lauria Tucci, em obra recentíssima, nos ensina que, "relativamente ao processo judicial, o devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesse de alta relevância social (no campo penal)".¹³

3. Jurisprudência

A jurisprudência mais atualizada, segue a mesma orientação. A 10.ª Câmara do TACRIMSP, na apelação 680.235, por votação unânime, tendo por relator o Juiz Jo Tatsumi, fixou: "Com a devida vênia, ao Ministério Público, enquanto instituição, cabe não só a iniciativa da ação penal pública, como o dever de velar pela regularidade de sua tramitação, bem assim, o resguardo da punição legítima, escoimada de vícios. Por isso, com renovada vênia, equívoco o conceito de interesse, de conotação de direito processual civil, o mesmo cabendo, quanto à chamada

11. "La difesa come diritto e come garanzia" in *Il problema dell'auto difesa nel processo penale*, p. 48.

12. *Constituição de 1988 e...* cit., § 6, p. 17.

13. *Direitos e garantias...* cit., p. 68.

10. *Garantia constitucional do direito de ação*, S. Paulo, 1973, pp. 35-36.

pretensão. Assim, não pode e não deve, o órgão do Ministério Público, aquietar-se frente à apenação, com violação do devido processo legal, pois, a condenação não consiste em movimento de sua pretensão, ou submissão do interesse alheio ao próprio. No processo penal, diversamente, de um lado, figura o órgão do Estado, no exercício do dever de promover punição; de outro, o acusado, a quem é irrecusável a ampla defesa. Logo, a chamada lide penal não se instaura pela pretensão, deduzida pelo autor e resistência oposta pelo réu. E, como corolário do dever de promover a punição, exsurge, igualmente, de modo indeclinável, o esmero no cumprimento do devido processo legal, instrumento constitucional de garantia do acusado e de validade da sentença. Outro v. acórdão, também proferido pela 10.^a C., na ap. 681.577/7, relator o Juiz Sérgio Pitombo, estabeleceu em suas razões de decidir: “Condenou-se, pois, o argüido, em processo disforme e repudiante da verdade material e: *nulla poena sine iudicio* válido. O quebrantamento da forma procedimental, se relevante, não consiste em nenhuma modernidade, com o acatamento devido, mas em recuo, no tempo. Nem mostra simplicidade desejável, ou prática salutar, visto como rapidez e imparcialidade não bastam para formar bom juízo”.

E o STJ, em v. aresto relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no REsp. 13.375-RJ, DJ de 17.2.92, Seção I, p. 1.381, decidiu: “O processo penal é complexo de relações jurídicas, que tem por objeto a aplicação da lei penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal...”.

4. Devido processo legal e verdade material

É mediante o processo legal devido que se poderá alcançar a verdade material ou real, que muitos autores apontam como verdadeiro princípio informador do direito processual penal. A busca da verdade real, para muitos processualistas penais, constitui a finalidade específica e imediata do processo penal. Para o julgamento a ser proferido no processo penal, tanto quanto possível, deve ele refletir a realidade da ocorrência realizada. Como expõe José Frederico Marques, “solucionando com exatidão o litígio penal, o juiz aplica, com justiça, o Direito objetivo; e para isto imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei”.¹⁴

Em trabalho do qual participamos, no que respeita à regra da verdade material, escrevemos: “Como salienta Nilzardo Carneiro Leão — após lembrar, com Abraham Bartolini Ferro, que “a sentença do juiz não satisfaz a consciência social e não corresponde aos fins do processo, se não reflete a realidade e não é fruto de uma investigação plena e sem prejuízos”, — deve ter-se presente, em nosso campo de trabalho, que “a infração penal, como resultante de uma vontade, é um fato real. É uma realidade na conduta do indivíduo. Decorre disso a necessidade do julgador de se prender, sem possibilidade de afastamento, à verdade real. Não basta a sua fixação formal, mas o estabelecido de uma verdade. Verdade real que é verdade material. Nesse sentido, aliás, ganha relevo a doutrinação de Guglielmo Sabatini, ao expres-

14. *Elementos* ...cit., I/61.

sar que, diferentemente do que acontece no processo civil, “o conceito penalístico de sentença justa tende a identificar-se, sobretudo e melhor, com o de sentença contemplativa da verdade objetiva”. Ora, para atingir-se tal desiderato, há de ter-se em vista uma verdade processualmente válida, livre de qualquer influência que os sujeitos parciais do processo pretendam exercer, sobre a reprodução do fato cuja apuração e determinação constituem objeto deste. Esse motivo pelo qual, agudamente, observa Fenech que a “regra da verdade material” traz ínsita a vedação às partes de obstaculizar, de qualquer maneira, a sua perquirição, de sorte que o juiz possa atingi-la e, com ela, basificar sua sentença; bem como a concepção de normas processuais aptas à aquisição da verdade material — tudo como segue: “Este princípio de la verdad material exige no sólo que las partes no impidan el camino hacia la misma para que pueda el juzgador conseguirla y emplearla como base de la sentencia, sino que las normas que rigen el proceso estén de tal manera concebidas que pueda lograrse dentro del mismo la adquisición de la verdad”. Aduza-se que a viabilização de tal escopo se dá pela definição legal da instrução probatória, em que se subsume a prova penal, numa atividade destinada “à comprovação da verdade material, constitutiva, simultaneamente, de um método para a condução do processo penal à sua finalidade imediata e específica, e a via adequada à consecução desse escopo, consubstanciado na aplicação da norma jurídica material ao caso concreto. Assim também que aludida definição, na esteira de ensinamento de Pierre Bouzat, reclama a adoção de duas regras, referente, por um lado, à liberdade da prova, e, por outro, a lealdade na investigação probatória, preservatória, em lógica composição àquela, da liberdade jurídica do acusa-

do, no tocante a possíveis abusos no desenrolar da instrução criminal”.¹⁵

É bem verdade, como lembra Rogério Lauria Tucci, “a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão-só a Deus; busca-se, em âmbito da jurisdição penal, “uma idéia mais ou menos exata”, sobre a ocorrência de uma prática tida como delituosa; vale dizer, uma idéia constitutiva de certeza”.¹⁶

Arrematando, com Ada Pellegrini Grinover, estabelecemos que “o Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais e escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias de *justo processo*, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões”.¹⁷

Conseqüentemente, não há o *devido processo legal* quando: a) não há adequação das normas procedimentais; b) quando se rompe o equilíbrio constante do *audiatur et altera pars*; em suma, quando deixa de haver o devido contraditório, com a igualdade de armas entre as partes; c) quando falta a adequada tutela jurisdicional; d) só o *devido processo penal* assegura a possibilidade de aquisição da verdade real ou material.

O processo que deixar de observar todas, ou tão-só uma dessas conclusões, é nulo de pleno direito. E são estas conclusões que nos levam à indivisibilidade da ação penal, assegurada tanto para as ações privadas como para as públicas. Essa indivisibilidade que é

15. Rogério Lauria Tucci *et alii*, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, Forense, Rio, 1966, pp. 145-147.

16. *Direitos e garantias...* cit., pp. 181-182.

17. *O processo constitucional marcha...* cit., 2/1.

vinda por Hélie como um verdadeiro princípio, veio consagrada do direito romano: "*nulli audientia probeatur qui causae continentiam dividet*". A partir daí, os Práticos formularam a correta conclusão de que, nas hipóteses de conexão e de continência, os fatos devem ser apurados e decididos *in unus et simultaneus processus*.

5. Devido processo legal e indivisibilidade da ação penal

Faz bem mais de um século, Pimenta Bueno, indubitavelmente um dos mais lúcidos processualistas penais brasileiros do período imperial, escreveu: "A conexão é o nexo, a dependência recíproca que as causas ou os factos têm entre si; a disjunção e a separação d'ellas, separação forçada, por isso mesmo que o todo criminal deve ser indivisível. Com effeito, embora os crimes sejam diversos, desde que elles são entre si connexos, ou que procedem de differentes associados como autores ou cúmplices, formão uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida".¹⁸ Na mesma linha de raciocínio, Florian, examinando a hipótese de conexão objetiva, cuja distinção com a continência, na sua visualização, é apenas bisantina, afirma textualmente: "En todos estos casos sería inoportuno y hasta perjudicial fraccionar el proceso en distintos procedimientos para cada delito o procesado; la apreciación de sólo una parte ocultaría el sentido del conjunto, fraccionándolo, y la responsabilidad de cada sujeto no aparecería precisa ni clara".¹⁹ E Pimenta Bueno nos

fornece o arremate dessas conclusões: "Todos os meios de accusação, defesa e convicção estão em completa dependência. Separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas, e correr o risco de ter afinal sentenças dissonantes ou contradictorias".²⁰

Em conclusão, portanto, há necessidade de que o fato seja apurado num único e simultâneo processo, salvo hipóteses excepcionabilíssimas, tal como previstas no Código de Processo Penal, sob pena de ferir-se a garantia do *due process of law*. O rompimento da unidade processual, instaurada a partir da denúncia ou queixa, ou de um aditamento causa, sempre, efetiva ou potencialmente, um grave prejuízo para os acusados. E, em ambas as hipóteses, esse prejuízo conduzirá, inafastavelmente, à nulificação do processo.

6. Aditamento e indivisibilidade

Examinando o que prefere chamar de princípio, e que nós denominamos de regra, o processualista carioca Afrânio Silva Jardim escreveu: "Na verdade, somos que ação pública é tão indivisível quanto a ação privada, apenas a forma de explicitar o princípio e fiscalizá-lo tem uma sistemática diferente no CPP. Tendo em vista o princípio da oportunidade da ação penal privada, tornou-se imperativo ao legislador regular a matéria de forma expressa no art. 43 do CPP, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de forma descriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária. Assim, em sendo facultativa a ação privada, correto andou o legislador ao tornar claro e límpido o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu

18. José Antonio Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, Empreza Nacional do Diário, Rio, 1857, 2.^a ed., n. 111, p. 63.

19. Eugenio Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, tradução e referências do direito espanhol de L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s/d, p. 167.

20. José Antonio Pimenta Bueno, op. cit., p. 63.

controle (arts. 45 e 48 do CPP). Entretanto, a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível; mormente em face da combinação dos arts. 77, II, e 79 do CPP. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível. Neste particular, o sistema do código se apresenta bastante lógico. Na realidade, vigorando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, desnecessário seria dizer que ela deve ser proposta em face de todos os autores e partícipes da infração penal. Em outras palavras, o princípio da indivisibilidade está abrangido ou compreendido no princípio da obrigatoriedade. A indivisibilidade, destarte, é um consectário lógico da obrigatoriedade de agir. É intuitivo". E prossegue o professor guanabario: "Note-se que no texto citado não fizemos qualquer distinção entre ação pública incondicionada e condicionada. Tal raciocínio vale também para a ação condicionada, vez que, sendo espécie do mesmo gênero, é informada pelos mesmos princípios. Vale dizer, toda e qualquer ação penal pública é indivisível, apenas a violação a este princípio não tem as mesmas consequências da ação privada, que é facultativa e disponível. Assim, não faz nenhum sentido "estender o princípio da indivisibilidade de ação privada para a ação penal pública condicionada". Antes de ser indivisível, a ação pública condicionada é obrigatória, presente a condição especial exigida pela lei para o seu regular exercício, devendo o Ministério Público denunciar todos contra quem tiver alguma prova no inquérito que o habilite a fazer a imputação de um fato criminoso. Se, nada obstante a presença desta prova, o Promotor de Justiça não acusa, estaremos diante de um arquivamento em face do indiciado não incluído na denúncia, seja arquivamento expresso, seja arquivamento implícito.

Surgindo tal prova nova, no curso da instrução criminal, a hipótese deve ser tratada segundo a sistemática do aditamento à denúncia e do controle do princípio da obrigatoriedade da ação pública, consoante esclarecemos em nossa monografia denominada *Ação Penal Pública — Princípio da Obrigatoriedade*" (Rio, Forense, 1988, pp. 109-111). E conclui: "Dentro desta sistemática é preciso distinguir: a) se a prova já existia no inquérito quando foi oferecida a denúncia, a não inclusão de um co-autor na praça acusatória importa em arquivamento, expresso ou implícito; para tanto existe o controle judicial do art. 28 do CPP. Nesta hipótese, o aditamento para a inclusão do co-autor não denunciado exige prova nova, nos termos da Súmula 524 do STF; b) se a prova da participação de outra pessoa não denunciada surgir durante o processo, abre-se a hipótese de aditamento, que se apresenta obrigatório, nos termos do princípio da ação penal pública, podendo o juiz exercer o controle sobre o não aditamento na forma do art. 28 do CPP, por analogia. Nada mais além disso".²¹

Da obrigatoriedade do aditamento, não só porque é decorrência da regra, — para muitos princípio —, da indivisibilidade do processo, mas porque esta é a forma correta de se buscar a verdade real como já assinalado, ocorre uma violação do devido processo legal, na inobservância dos procedimentos. É que o rompimento da "espécie de unidade estreita", da qual "todos os meios de acusação, defesa e convicção estão em completa dependência", e porque "separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas" pode possibilitar as "sentenças dissonantes e contraditórias", de que falava, com muita proprie-

21. *Direito Processual Penal* (estudos e pareceres), Forense, Rio, 1990, pp. 422-424.

dade, Pimenta Bueno, pois a união de processos, por muito maior razão, quando se imputa a duas pessoas a responsabilidade por um único evento, decorre da *natureza das coisas*. Esta expressão, modernamente invocada por Welzel na elaboração da teoria final da ação, foi apresentada por Hélié: “o princípio da indivisibilidade do processo e da junção dos procedimentos conexos, tão antigo como o próprio processo, resulta, não da lei, mas da necessidade das coisas, que quer que toda a ação humana, para ser razoavelmente apreciada, seja examinada em seu conjunto, e não separadamente e através de cada uma de suas partes”.²²

7. Os crimes culposos

Os crimes culposos se constituíram sempre um dos problemas mais agudos do direito penal. De criação relativamente recente na sua estruturação dogmática, ganhou relevo a partir do advento das máquinas, mas, a sua metamorfose operou-se com surgimento da teoria finalista da ação. Esta teoria, que no início se apresentava bastante confusa e imprecisa quanto a esta categoria de crimes, trouxe para a construção da teoria dos delitos culposos um componente considerado como decisivo por quase toda a doutrina moderna: o *dever objetivo de cuidado*. Na atualidade, mesmos os autores que professam as chamadas teorias causalista e social da ação, reconhecem a grande contribuição trazida para a solução dos enojosos problemas que o delito culposos suscita.²³

Efetivamente, é da norma do cuidado exigido que o juiz extrairá o componen-

te indispensável para o cerramento do tipo culposos.²⁴ Conseqüentemente, a determinação do cumprimento ou não de cuidado, converte-se no *punctus saliens* “de la naturaleza de la culpa y el marchamo legal de su condición normativa, por cuanto que el deber de diligencia es ya un idéa-valor a establecer por el juzgador, que ha de decidir la criminalidad de lo culposos coronando el concepto”.²⁵

Os tipos culposos, já escrevemos, são tipos abertos, “onde a proibição apresenta-se caracterizada por uma certa indeterminação, devendo a norma individualizadora ser completada, na atividade jurisdicional, com uma regra geral que a admita. É justamente dentro desse contexto objetivo que a imprudência, a negligência e a imperícia se constituem em formas de violação do cuidado, para o que, sempre, se faz mister conhecer o fim da conduta voluntária”.²⁶ Observamos, todavia, que se não há de confundir o dever de cuidado com a lesão desse dever. Com absoluto rigor científico, escreve Juarez Tavares que “o dever de cuidado tem características exclusivamente normativas e se impõe de modo concreto a todos os que vivem em sociedade e desenvolvem atividades que não se dirigem finalisticamente à realização de um tipo de delito ou a um resultado típico. A lesão do dever de cuidado resulta da omissão da ação cuidadosa, imposto pela norma, no sentido de atender às funções protetivas a que se propõe”.²⁷

24. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, parte geral, Atlas, S. Paulo, 1985, 1/147.

25. Antonio Quintano Ripollés, op. cit., p. 265.

26. José Henrique Pierangeli, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, RT, S. Paulo, 1989, p. 32.

27. *O direito penal da negligência* (uma contribuição à teoria do crime culposos), RT, S. Paulo, 1985, p. 138.

22. Cf. in José Frederico Marques, op. cit., 1/272.

23. V. Antonio Quintano Ripollés, *Derecho Penal de la culpa*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 255-256.

7.1 A estrutura dos tipos culposos

O tipo culposo reclama: a) o descumprimento do dever de cuidado; b) causação de um resultado lesivo a um bem jurídico; c) que a violação do dever de cuidado tenha se constituído em fator determinante do resultado, ou, como diz Heleno Fragoso: “o resultado corresponde à lesão do bem jurídico e tem de estar em relação de causalidade com a ação ou omissão contrária ao dever de cuidado”.²⁸

Para a comprovação do descumprimento do dever de cuidado exige-se que se determine qual era, nas circunstâncias, o cuidado devido. Na esteira desse entendimento, o Código Penal espanhol, no seu art. 355, exige expressamente que, em cada caso concreto que se julgue, se fixe o dever de cuidado que competida ao causador do resultado, naquela situação fática.

O critério fixado pelo legislador ibérico está em perfeita consonância com a doutrina. Esta, para a determinação da tipicidade objetiva culposa, reclama uma operação mental hipotética, e se, na hipótese, uma vez introduzido o cuidado no desenvolver causal, o resultado não teria ocorrido, haverá indiscutível tipicidade objetiva culposa. No entanto, uma vez introduzida no evoluir dos fatos a conduta cumpridora do cuidado, o resultado adviria da mesma maneira, não haverá tipicidade objetiva, ou seja, não há responsabilidade penal a ser perquirida.²⁹ Efetivamente, um entendi-

mento em sentido contrário levaria à odiosa adoção da *versari in re illicita*, ou, responsabilidade penal objetiva, repudiada por toda doutrina moderna formada dentro da estrutura de um Estado de Direito.

Conseqüentemente, a responsabilidade penal por culpa obriga que se estabeleça uma relação objetiva entre o resultado e a conduta descumpridora do cuidado, ou, em outras palavras, que se determine de forma irrefutável uma relação entre o dano causado a um bem jurídico tutelado e a conduta descuidada. Com precisão absoluta, Wessels esclarece que “se o resultado socialmente danoso também não fosse evitável no caso de uma conduta juridicamente isenta de defeitos, a ausência do cuidado, existente no caso concreto, seria irrelevante para a sua ocorrência”,³⁰ ou, como aclara Bacigalupo, “de cualquier forma, entre violación del deber objetivo de cuidado y el resultado debe existir una *relación de causalidad* que se establece de la misma manera que en el delito doloso, recurriendo al criterio de la *conditio sine qua non*”.³¹

Entre nós, nessa linha de pensamento, ensina Heleno Fragoso: “O resultado

actualmente nadie lo discute. Pero afirmar la causalidad no significa todavía que el resultado pertenece a la acción descuidada — que no cumple con el cuidado requerido. Si el resultado no pertenece a la acción descuidada, no puede ser elemento del injusto. Esto es, el desvalor de resultado sólo juega un papel, en cuanto el resultado puede ser atribuido a la acción (descuidada). (*Culpa y finalidad los delitos culposos y la teoría final de la acción*), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967, p. 74, em nota de n. 225). O autor andino, no texto, expõe o pensamento de Roxin, para quem deve-se, obrigatoriamente, “comprobar si el resultado existente se encuentra dentro del campo de la acción descuidada” (p. 74).

30. Johannes Wessels, op. cit., p. 153.

31. Enrique Bacigalupo, *Lineamentos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 141-142.

28. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal* (a nova parte geral), Forense, Rio, 1985, p. 233.

29. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del delito*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 336; Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal Español*, Ed. Akal, Madrid, 1985, p. 172; Johannes Wessels, *Dereito Penal* (parte geral), trad. brasileira de Juarez Tavares, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1976, p. 149. V. tb. Juan Bustos Ramírez: “que haya relación causal,

corresponde à lesão do bem jurídico e tem de estar em relação de causalidade com a ação ou omissão contrária ao dever de cuidado. Se assim não for, o fato não é imputável ao agente. Pode haver dúvida no caso de conduta negligente ou imprudente relacionada com o evento lesivo que ocorreu, em realidade, por causas diversas. É o caso do médico descuidado que pratica ação capaz de produzir a morte do enfermo que, no entanto, morreria mesmo que a ação obedecesse rigorosamente às regras da arte. Em tais casos não responde o agente pelo resultado”.³²

7.2 Tipos culposos e atividade jurisdicional

Tratando-se de crimes culposos, onde a proibição apresenta uma certa indeterminação, à atividade jurisdicional compete impedir toda e qualquer extensão exagerada das exigências do cuidado, no sentido de determinar onde se torna impossível a sua exigência, ou até que ponto o seu descumprimento não ultrapassa a medida que a experiência geral da vida diária estabelece, pois, como adverte Welzel: “contraria al cuidado es solo aquella puesta en peligro que va más allá de la medida normal en el ámbito de relación de la medida adecuada socialmente”.³³

Nessa tarefa de cerrar o tipo, o juiz deverá buscar até a essência do conceito de culpa nos domínios da adequação social.³⁴ Não há como negar que ao fechar o tipo, o juiz cumpre tarefa de

magna importância, assegurando o direito de liberdade que um Estado de Direito se compromete a observar. É o respeito ao chamado princípio da legalidade consubstanciado na fórmula de Feuerbach: *Nullum crimen nulla poena sine (prævia) lege* (Constituição, art. 5.º, XXXIX). Ao realizar essa missão de cerrar o tipo, e, conseqüentemente, a de assegurar o direito humano de liberdade, o juiz deve abdicar de um conceito irreal, absolutamente inexistente, de *homunculus normalis*, verdadeira arqueologia jurídico-penal, para tomar como referência “un hombre concienzudo y cuidadoso, del mismo círculo del tráfico al que pertenece el autor (conductor de automóviles, médico, arquitecto etc.)”, diz Rodríguez Mourullo.³⁵

A doutrina moderna, em geral, vem desprezando o conceito empírico do homem médio e do diligente *pater familias*, para tomar em consideração a capacidade concreta da pessoa do causador do resultado, de tal maneira que se este possui um conhecimento maior do que o de um ponto médio ou uma habilidade maior do que a habilidade do promédio, se lhes exige tanto quanto seja capaz.³⁶ No nosso País, levando a solução para o campo da culpabilidade — que para nós se insere na formação da tipicidade subjetiva —, com a maestria que o ornamentou, escreveu Heleno Fragoso: “A previsibilidade de que se cogita para a determinação da culpa *stricto sensu* será sempre a previsibilidade pessoal, que considera as possibilidades concretas do agente, nas circunstâncias em que atuou...”.³⁷

32. Op. cit., p. 233.

33. Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, trad. chilena de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 188.

34. Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade, culpa e direito penal*, Coimbra editora, Coimbra, 1983, p. 255.

35. Gonçalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal* (parte general), Civitas, Madrid, 1978, p. 341.

36. V. a respeito, Enrique Cury y Urzúa, *Derecho Penal* (parte general), Jurídica de Chile, Santiago, 1982, I/285 e ss.

37. Lições, cit., p. 235.

7.3 Para que se cumpra o dever de cuidado, o causador deve conhecer o seu conteúdo

Para que o causador — ou autor, se se preferir —, cumpra a conduta cuidadosa, deve ele, obrigatoriamente, conhecer o seu conteúdo, pois, só dessa forma estará apto a cumpri-la. Não se pode ter um comportamento dirigido à evitação de um resultado quando não se tem um prévio conhecimento da possibilidade de um acontecer juridicamente relevante e de uma maneira de como se pode evitá-lo.³⁸ Numa certa observação, diz Enrique Cury que à dogmática do crime culposos só interessa a falta de atenção que encontra a sua origem nas falhas volitivas, ou seja, aquelas que contam com mecanismos intelectuais que o habilitam a observar uma atitude mais atenta.³⁹ Conseqüentemente, o cumprimento do dever de cuidado fica na dependência da capacidade individual, estreitamente ligada ao conhecimento especial de cada indivíduo, ou, como corretamente expõe Enrique Bacigalupo, só “*infringe al deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hieran permitido*”.⁴⁰

Esta circunstância, tão elementar como imprescindível para estabelecer a culpa penal, tem sido ressaltada pela jurisprudência mais atual: “Na violação do dever de cuidado finca-se o elemento essencial e definitivo da tipicidade objetiva de todo delito culposos, porquanto a previsibilidade e a causalidade não são suficientes para a configuração da culpa. Evidente, portanto, que a determinação depende do prévio conhe-

cimento do agente, sob pena de se afastar o elemento intelectual da culpa (previsibilidade). Assim sendo, torna-se impossível fixar-se uma violação do dever de cuidado quando impossível o seu conhecimento pelo agente que ignorava a situação de perigo existente” (RT 594/354). Em sentido semelhante, RT 597/304.

Fatal, por conseqüência, a conclusão de que só se pode atribuir a alguém a responsabilidade penal em face do descumprimento do dever de cuidado, quando se apresentarem bem nítidas a prévia informação e a preparação, como argutamente observou Engisch.⁴¹

Retomando e desenvolvendo esse ponto, e adotando as lúcidas conclusões de Juarez Tavares, podemos acrescentar: “A esse dever de se informar e se preparar para a execução de uma atividade, está por igual associado o dever, já anteriormente mencionado, de reconhecimento do perigo para o bem jurídico. Tendo em vista este binômio prévio reconhecimento do perigo-informação e preparação como cuidados prévios, é que se estipula, por exemplo, a norma impositiva de só se permitir a condução de veículos por pessoas habilitadas segundo regras e exames convencionados”.⁴²

Em se tratando de culpa coexistente, ou, de “concorso di fatti colposi indipendenti”,⁴³ ou, se se preferir, de concurso de pessoas, sendo pela qual parece caminhar a doutrina nacional majoritária, de uma ou de outra forma,

38. José Henrique Pierangelli, “Culpa penal e moléstia profissional” in *Escritos Jurídico-penais*, RT, S. Paulo, 1992, p. 126.

39. Enrique Cury y Urzúa, op. cit., I/285.

40. Enrique Bacigalupo, *Princípios*, cit., p. 170.

41. Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, ed. de Gruyter, Berlin, 1930, p. 290.

42. Juarez Tavares, op. cit., p. 142.

43. Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, a cura de Luigi Conti* (parte generale), Milano, A. Giuffrè, 1975, n. 189, p. 469; Roberto Rovelli, *Le responsabilità civili e penali per gli incidenti della strada*, Torino, UTET, 1965, p. 26).

deve-se examinar as condutas dos protagonistas do evento para, só depois, se concluir pela responsabilidade penal de um, ou de outros, ou de ambos. Ademais, se os fatos não forem apurados num único e solitário processo, não se pode atender ao grau de culpabilidade, na qual se insere o grau da culpa de que falava a legislação anterior, as circunstâncias e conseqüências do crime, para estabelecer a pena aplicável, necessária e suficiente para o juízo de reprovação pelas condutas culposas dos protagonistas causadores do evento (art. 59 CP).

8. Conclusões

1.^a A determinação da responsabilidade penal exige a observância, em todas as manifestações, do devido processo legal — na hipótese, do devido processo penal. Tratando-se de garantia constitucional indispensável para a aferição e determinação da responsabilidade penal, num Estado de Direito, como atualmente vivemos, o desatendimento de um só dos aspectos que compõem o *due process of law*, conduz inexoravelmente à nulidade do processo.

2.^a Uma das maneiras de se burlar a garantia do devido processo penal encontramos na ruptura da unidade proces-

sual, cuja providência não fica ao talante do juiz e nem atrelado à economia processual. Ao contrário, só nas hipóteses previstas nos arts. 79 e 80, do CPP ela é permitida. E a aplicação do art. 79 deve ser tida como taxativa, enquanto a do art. 80, deve ser considerada de modo restritivo, informado por um critério de extrema necessidade. Apenas a título de exemplo, a chamada economia processual não pode prevalecer, em qualquer hipótese, sobre a unidade processual.

3.^a Só a apuração dos fatos *in unus et simultaneus processus* permite concluir-se pela culpabilidade, incluindo-se nela o grau da culpa de que falava expressamente o Código de 1940 (art. 42). Quando se tratar de culpas concorrentes ou coexistentes, — o mesmo ocorre com o concurso de pessoas —, indispensável a apuração dos fatos num único processo, pois, a culpa de um pode excluir, ou apenas influir, na determinação da culpa do outro, ou dos outros protagonistas do evento. Mas não é só, se apuradas em processos cindidos, como fixar-se, com critério razoável, a pena? Destarte, todas as dificuldades que a separação cria, conduzem a uma indeterminação que não pode uma legislação democrática referendar.

TÓXICOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PENAIS

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Promotor de Justiça

1. Legislação vigente — 2. Aspectos de política criminal — 3. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76 — 4. A questão do tráfico ilícito de entorpecentes.

1. Legislação vigente

A Lei 6.368, de 21.10.76, cuida das medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica e dá outras providências.

O art. 12 da referida lei, com as modificações introduzidas pela Lei 8.072, de 25.7.90, que dispõe sobre os crimes hediondos, trata do tráfico ilícito de entorpecentes ou psicotrópicos e prevê uma pena de reclusão de três a quinze anos, assim como pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa. Já o art. 16 da Lei de Entorpecentes determina uma pena de detenção de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa a quem “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

A atual legislação, portanto, recria a distintamente o tráfico e o uso de entorpecentes (embora o tipo penal do art. 16 anteriormente citado não incluía em sua formulação o verbo “usar”, é certo que requer que o agente adquira, guarde ou traga consigo a substância entorpecente “para uso próprio”). Con-

vém salientar que os dependentes de estupefacientes que praticarem qualquer infração penal em estado de inimputabilidade causada pela dependência, estarão sujeitos à medida de segurança (art. 19 e 29 da Lei de Entorpecentes). Por outro lado, o semi-imputável que praticar um crime qualquer em virtude da parcial capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sofrerá pena porque o legislador o excluiu da sujeição à medida de segurança.

Por fim, no cap. II da Lei de Entorpecentes, está normatizado o tratamento aplicado a qualquer pessoa dependente de substâncias entorpecentes, independentemente do fato de que tenha ou não praticado crime, e esteja ou não sob medida de segurança ou cumprindo pena.

2. Aspectos de política criminal

Encontra-se demonstrado pelas diversas estatísticas a respeito do tema e pela própria experiência de quem tem os olhos abertos para a realidade social, que o Direito Penal é um meio pouco eficaz para o combate ao tráfico e uso de entorpecentes. Pode-se até defender a idéia, sem qualquer pretensão em fomentar a discussão sobre o fim deste ramo do Direito Público, que o in-

cremento da repressão penal ao comércio ilícito e ao uso de entorpecentes contribuiu, paradoxalmente, ao incremento do problema da droga na sociedade moderna.

Atualmente é comum associar o estupefaciente, em si, com uma série de comportamentos ilegais, como a formação de quadrilhas ou bandos, o tráfico ilegal de armas, o lenocínio, os crimes contra a propriedade, e outros. O tóxico é, para muitos, a força-motriz da criminalidade e, por esse aspecto principal, deve ser extirpado.

Esse entendimento, não obstante, revela uma errônea percepção acerca do que representa o tóxico na sociedade contemporânea.

Não se pode considerar, como ocorre muitas vezes, o mero usuário como um delinqüente comum (o autor de um furto por exemplo). É distinta a situação do toxicômano que apenas tem uma perspectiva diferente do que seja bem-estar (similar todavia, àqueles que tem o hábito do tabaco e do álcool), e não tem a vontade dirigida a lesionar ou colocar em perigo um bem jurídico, seja ele a saúde pública, senão incrementar o seu particular conceito de saúde. O usuário não está preocupado normalmente, com a vasta rede de narcotraficantes, com os bandos ou quadrilhas armados, com a corrupção de agentes policiais ou com qualquer outra circunstância que não seja aquele momento de prazer proporcionado pelo tóxico.

É preciso desmistificar também o falso entendimento de que a droga causa na pessoa uma modificação tal que por si só a conduz a praticar outros delitos, normalmente violentos. E por incrível que pareça, não é difícil encontrarmos cidadãos supostamente esclarecidos que não pensam duas vezes em afirmar que "Fulano matou e estuprou porque havia ingerido determinada quantidade de cocaína". É notório, por outro lado, nos meios científicos que a droga em si não

tem qualquer outro poder que estimular determinadas sensações em quem a ingere. Não se pode olvidar, sem embargo, que determinados sujeitos predispostos à violência tornam-se mais violentos eventualmente com o consumo de determinadas substâncias entorpecentes. Isso é distinto do que considerar a droga como um elemento causador da violência. Há que considerá-la, sim, como o álcool, por exemplo, como estimulante em determinados e muitos particulares casos.

Por fim, é de notável relevância o fato de que a penalização do tráfico e do consumo de entorpecentes propicia o surgimento de diversos crimes (o estupefaciente isoladamente considerado, como dissemos acima, não é um fator criminógeno). Toda a criminalidade que se acerca ao tráfico e ao consumo de drogas é motivada pela sua criminalização, na medida em que estigmatiza o consumidor e o vendedor de produtos que são apreciados por uma determinada parcela da população. O estigma arremata os indivíduos que o recebem do processo de desenvolvimento social, cria uma ordem distinta àquela estabelecida pelo Estado, pronta a confrontá-lo com qualquer ação criminal. Em outras palavras, a partir do processo de estigmatização penal, a delinqüência incrementa e deixa de ser um fator isolado para transformar-se em uma normalidade social sob o binômio incluídos/excluídos da ordem jurídico-social.

A par dessas considerações, impõem-se esclarecer outras falsas afirmações que ocorrem com certa frequência. A primeira delas diz respeito à falácia de que a droga leve supõe um trânsito em direção ao uso de drogas pesadas. Com acerto sustenta Gimbernat que não é o consumo anterior de *cannabis*, mas sim graves perturbações psicológicas preexistentes que explicam o passo ao consumo de substâncias extremamente pre-

judiciais à saúde como é o caso da heroína ou da morfina (cf. Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 48).

O fato de que grande número de jovens que já provaram droga leve (há cifras que chegam a mencionar que 60 entre 100 jovens já usaram ao menos uma vez entorpecente considerado leve) não escalaram em direção ao uso de droga pesada indica que aquela falsa afirmação é desprovida de qualquer valor científico. Ademais, continua Gimbernat, o consumo juvenil de marijuana ou haxixe costuma ter um caráter transitório dentro do marco do processo de auto-afirmação frente ao mundo adulto e a estigmatização penal encerra o grave perigo de converter uma tragédia o que, sem a reação punitiva, não passaria de uma mera anedota (Enrique Gimbernat Ordeig, ob. cit., p. 48).

Por fim, não é despidendo salientar que muitos pensam ser a intervenção estatal o único meio de se conseguir eliminar o consumo de drogas em nossa sociedade. O primeiro erro em que incide quem defende tal postura está em que o entorpecente ou qualquer substância que produza dependência física ou psíquica (como o haxixe, a cocaína, o ópio e o álcool, por exemplo) nunca deixará de um modo ou de outro de fazer parte de uma cultura em determinado tempo e lugar. Veja-se que os índios que vivem nos andes mascam a folha de epadú, da qual se origina a cocaína; um grupo de muçulmanos que habitavam a antiga região da Pérsia, logo depois da morte do Profeta Maomé, utilizavam o haxixe em um rito conservado por milênios entre as tribos que ali viviam antes de guerrear e massacrar os oponentes à fé que defendiam, o que levou a qualificá-los de assassinos, relacionando a substância entorpecente que usavam com a matança que se produzia com grande intensidade. Outro exemplo significativo é o uso do álcool

na sociedade ocidental. Quando proibido seu comércio houve um incremento no consumo paralelamente ao aumento de comportamentos criminais que em torno ao tráfico ilícito se formavam (Lei Seca norte-americana nos anos 30).

Em conclusão, não se pode ignorar que o uso de derivados de *cannabis* e da *cocaína* (esta com menor frequência) fazem parte da sociedade em que vivemos, assim como o álcool e o tabaco (este teve nos últimos anos uma diminuição tremenda no consumo entre jovens americanos, como revelam as últimas pesquisas realizadas). A proibição do comércio de um ou de outro, assim como do seu uso, pelo instrumento penal, demonstra uma opção insatisfatória sobre todos os pontos de vista, uma verdadeira ingerência estatal no desenvolvimento normal da comunidade (que deve eleger o que quer para si), incompatível com os princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

3. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76

É inconstitucional o art. 16 da Lei de Entorpecentes frente à Constituição da República de 5.10.88? A resposta a essa pergunta, que atualmente se faz presente com certa regularidade nos Tribunais em nosso País deve, pela própria natureza, compreender uma análise de alguns princípios de Direito Constitucional.

O Estado Democrático em que se caracterizou o Estado Brasileiro guarda na Constituição que o admitiu uma série de valores objetivos que condicionam a sua própria existência. Já no preâmbulo da Carta Magna a sociedade pluralista se erige em um princípio fundamental. E no dizer de José Afonso da Silva, "... sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressi-

vas". (...) "Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos". (...) "O pluralismo — escreve J. Lacroix — implica o direito inalienável para o homem de pertencer a todas as comunidades de ordem moral, cultural, intelectual e espiritual, únicas que permitem o desenvolvimento da pessoa" (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 1990, pp. 127-128).

Reconhecer uma sociedade pluralista, em nosso entender, significa reconhecer em princípio um amadurecimento social em que os diversos grupos que a compõem, seja qual for a ideologia que defendem, devem ser respeitados e ter discutidas suas idéias por outros grupos indistintamente, num movimento constante em direção a um pleno desenvolvimento social e individual. Implica reconhecer uma integração em que os diversos grupos antagônicos ocupam no todo um papel conflitivo e funcional, enquanto, por outro lado, admitem os mesmos valores fundamentais que importam aos demais grupos e a própria existência e desenvolvimento da sociedade.

Desse modo, forçoso é reconhecer a inexistência de diferenças substanciais entre os que elegem determinados psicotrópicos permitidos e outros que optam por um entorpecente que é qualificado pela lei penal como proibido, de forma a justificar a intervenção do Direito Penal, como se estivéssemos frente a conflitos que colocassem em risco a própria ordem jurídica. Cumpre salientar, nesse passo, que a ingestão de derivados de *cannabis* não provoca maiores danos do que o uso de outras toleradas, como o álcool e o tabaco (c.f. Informe La Guardia nos Estados Unidos, Informe Callaghan, na Inglaterra e Congresso de 1979 da Sociedade Alemã de Investigação e Terapia da Drogodependência).

Ora, desde que não existe um conflito entre esses grupos de apreciadores de substâncias entorpecentes proibidas e aqueles usuários de drogas permitidas de forma a comprometer a estrutura da sociedade pluralista, nada há a legitimar a criminalização do tráfico e do uso de algumas substâncias e outras não, que guardam entre si mais ou menos o mesmo poder nocivo à saúde (princípio da mínima intervenção do Direito Penal).

Essa idéia é reforçada por outros preceitos legais colhidos na Constituição da República. Com efeito, diz o art. 5.º da Carta Magna que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; garante o direito à igualdade, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Não há na atual Constituição da República qualquer restrição à igualdade que todos tem perante a lei, como havia na anterior em que se enumeravam as hipóteses de garantia constitucional (como por exemplo sexo, raça, trabalho, etc.). A observação de igualdade perante a lei há de ser, portanto, irrestrita: ao legislar ou aplicar a lei, tanto o legislador quanto o intérprete deverão tratar de forma igual aos iguais e de forma desigual aos desiguais. Na lição de Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva, este princípio significa que "ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens — situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades (José Afonso da Silva, ob.cit., p. 192).

Desse modo, cremos que ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovado prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos

aqueles que, de uma maneira ou de outra, provocam em quem os utiliza situações em certo grau equivalentes. O que não pode ocorrer, desde uma perspectiva penal, é uma diversidade de tratamento que comprometa seriamente esse princípio constitucional.

Por outro lado, o direito à privacidade como forma genérica de exprimir todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, contrapõe-se ao próprio enunciado do tipo penal inserido no art. 16 da Lei de Entorpecentes: "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

A partir deste princípio questiona-se, por um lado, a legitimidade de agentes policiais em revistar um cidadão sob a suspeita de que traz consigo determinada quantidade de entorpecente para uso próprio. Não estaria o agente invadindo a intimidade do cidadão que, segundo René Ariel Dotti, citado por José Afonso da Silva, caracteriza-se por ser "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais"? (José Afonso da Silva, *ob.cit.*, p. 184). O direito da pessoa decidir aquilo que lhe parece melhor na esfera de sua vida privada, não sofreria um sério abalo? Se a Constituição da República tem por objetivo, com a garantia desse princípio, tutelar o segredo da vida privada e a liberdade da vida privada, estabelecendo que as pessoas podem ao mesmo tempo opor-se a que qualquer um saiba ou tome conhecimento acerca do conjunto de decisões próprias da vida interior, reservada, e também a que se diga quais os princípios de ordem moral devem regê-la, não seria uma afronta a revista (que só eventualmente se dá à margem da vista pública) e todo o processo criminal com a posterior condenação a esse magno princípio?

Pois bem, se para que seja respeitado o direito à privacidade é imprescindível que o indivíduo detenha ampla liberdade de realizar sua vida como melhor lhe pareça, não nos parece legítimo que se criminalize a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo, para consumo, determinada substância entorpecente.

Ademais, desde o ponto de vista individual, é questionável se uma substância entorpecente é nociva ou não a quem a ingere. O próprio conceito relativo de saúde pode levar um especialista a afirmar que o consumo de um tóxico determinado por determinado paciente lhe é altamente benéfico. E se cada um pode fazer com sua saúde e com sua vida o que melhor lhe convém (nesse aspecto nosso Código Penal é coerente com o princípio em tela, enquanto não tipifica nem o intento de suicídio nem a autolesão), tampouco pode o Estado invadir a vida privada do indivíduo para reprimir o uso de entorpecente.

A opção que faz um indivíduo pela utilização de um determinado tóxico não pode ser recriminada com fundamento na defesa de um bem jurídico, a saúde pública, cujo conceito carece de determinação exatamente quando pressupõe que a ingerência penal diminuirá o consumo e, em consequência, incrementará a qualidade de vida da população.

Na esteira dos princípios constitucionais mencionados, e guardando firme coerência com eles, a admissão do caráter fragmentário do Direito Penal, da sua intervenção mínima, que garanta ao mesmo tempo bens jurídicos inestimáveis à preservação e desenvolvimento da sociedade e o direito ao livre desenvolvimento da liberdade, refuta a idéia de constitucionalidade do art. 16 da Lei de Entorpecentes.

Por esses aspectos, estimamos que a Constituição da República, conquanto represente hoje não simples garantias do cidadão frente ao Estado, mas sim a

concreção de uma ordem objetiva de valores, derogou a norma penal contrária a ela, terminando *ipso iure* sua vigência pela inconstitucionalidade.

4. A questão do tráfico ilícito de entorpecentes

O enfoque penal destinado ao tráfico ilícito de entorpecentes difere substancialmente daquele dispensado ao uso de tóxicos, não obstante encontrarem pontos em comum na própria origem do problema.

Cumprе, em primeiro lugar, salientar que não cabe sustentar a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei de Entorpecentes, a exemplo do art. 16 deste diploma legal, vez que não se trata de impor preceitos constitucionais atinentes às garantias individuais frente a excessiva ingerência penal no âmbito dos direitos do cidadão. Não obstante, são necessárias críticas ao sistema adotado pelo legislador para reprimir e prevenir o comércio ilegal de estupefacientes.

Ainda que a Lei não o faça, urge diferenciar, desde já, o traficante mafioso, o vulgar e perigoso delinquente que se dedica a viver às custas do vício alheio e que se encontra à margem de todo o ordenamento jurídico, do traficante toxicômano que, em geral, situa-se no último escalão da cadeia comercial e vende droga apenas para sustentar seu vício. Situações distintas e que deveriam ser tratadas de maneira diferenciada pelo legislador, respeitando os princípios constitucionais anteriormente mencionados, lamentavelmente encontram-se consubstanciadas em uma única fórmula penal.

Não seria justo, a toda evidência, dar um tratamento igual àquele destinado ao traficante por profissão ao toxicômano que apenas circunstancialmente (e muitas vezes em situações de inimputabilidade) se predispõe ao comércio ilícito de drogas.

O marco da culpabilidade (a pena base atribuída ao tráfico ilícito de entorpecentes varia de três a quinze anos de reclusão e multa), alargado com a introdução da lei de crimes hediondos, não soluciona, todavia, a questão.

Não poucas vezes, o magistrado enfrenta um verdadeiro dilema: ou absolve um toxicômano traficante, não obstante haver praticado um fato típico, antijurídico e culpável, adentrando a via da falta de provas suficientes para a condenação, ou o condena a uma pena de três anos de reclusão a ser cumprida integralmente em regime fechado, além de multa, contrariando eventualmente postulados de justiça material.

Propõe Gimbernat, com acerto, que o traficante por ofício receba normalmente a sanção penal, enquanto o traficante circunstancial que pratica o comércio para sustentar seu vício sofra medida de segurança pós-delitual de tratamento hospitalar ou ambulatorio. Essa solução em nosso Direito Penal, todavia, requer estejam preenchidos todos os requisitos da inimputabilidade pelo agente, o que por muitas vezes é difícil de ocorrer em razão da própria conceituação deste estado prevista no art. 19 da Lei de Entorpecentes. Cremos que uma fórmula que avançaria em direção a uma solução para a questão seria, *de lege ferenda*, estabelecer a inimputabilidade para os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes com a simples constatação da dependência da droga.

Por fim, a idéia de legalização do comércio de estupefacientes nos parece, em princípio, uma solução razoável por diversos aspectos, considerando o Estado como entidade legitimada a exercer o comércio: a administração de entorpecentes baixo controle médico significaria que muitos acidentes por *overdose* poderiam ser evitados; a venda controlada de drogas em si, paralelamente ao esclarecimento massivo da população acerca das consequências nefastas do

seu uso — que certamente não ocorre no comércio ilícito — inibiria com toda certeza o excessivo consumo e resultaria em uma prevenção muito mais eficaz do que o recurso ao Direito Penal (veja-se a queda no consumo de tabaco verificada nos últimos anos, especialmente entre os jovens); a corrupção, o tráfico de armas, a formação de bandos e quadrilhas, os crimes contra o patrimônio, enfim, uma série de comportamentos criminais, atrelados ao tráfico ilícito, resultariam, senão eliminados, mais satisfatoriamente prevenidos.

O comércio legalizado, todavia, apresenta pelo menos três inconvenientes que não nos permite defendê-lo, por hora: a imaturidade do corpo social para aceitar e conviver com um Estado que, de certo modo, estaria favorecendo a generalização do consumo de substâncias nocivas; o contexto internacional que produziu a aliança de diversos Países, entre os quais o Brasil, no combate ao narcotráfico, não permite o abandono aos compromissos externos, sob pena de estar favorecendo o que se transformou numa das maiores redes de comércio ilegal do mundo; a estrutura econômica

do País não permite dispor de uma distribuição de estupefacientes que assegure a qualidade do produto e uma pronta assistência médica, ao mesmo tempo em que esclareça a população acerca dos males que provoca o uso do tóxico.

Entendemos, todavia, que a proposta de Gimbernat poderia significar uma via para amainar o problema. O citado autor distingue o tráfico de drogas leves e tráfico de drogas pesadas: para as primeiras, considerando a pouca nocividade, o ilícito administrativo deveria ser o meio adequado a evitar a difusão de uma droga que, embora não seja mais nociva do que o álcool ou o tabaco, não deve ter favorecida a sua generalização pelo Estado; para as segundas, o recurso ao Direito Penal se apresenta como satisfatório (Enrique Gimbernat Ordeig, ob.cit. pp. 49-50).

Seguimos entendendo, todavia, que a legitimidade do Estado na questão de drogas está em informar suficientemente a população acerca dos malefícios por elas causados para que todos possam, com responsabilidade, eleger o caminho a seguir.

A FUNÇÃO CRIADORA DA SENTENÇA CRIMINAL

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Penal em Araraquara (SP)

1. Introdução — 2. Objeções históricas — 3. Limites da criatividade — 4. A criação na justiça penal — 5. Jogo do bicho — 6. Lesão entre cônjuges — 7. Crime de bagatela.

“Embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito” (Jeremy Bentham).

1. Introdução

Toda decisão, toda sentença, em sentido amplo, configura uma criação judicial. Mesmo os adeptos da teoria segundo a qual uma sentença constitui mero silogismo lógico,¹ podem admitir a existência de uma ponta de criatividade em todo julgamento. Isso porque o Direito Positivo, por mais amplo que seja, não consegue abranger todos os fatos submetidos à apreciação do juiz.

Além disso, a lei nem sempre comporta interpretação única, incontroversa. E o ajuste do fato à lei pode distanciar-se da adequação perfeita imaginada pelo legislador.

Toda lei é feita para seu tempo e para ser aplicada em situação de normalidade; com o transcurso do tempo e o surgimento de alguma anormalidade, a interpretação da norma legal pode afastar-se dos parâmetros convencio-

nais.² Surge, então, o fenômeno da criação judicial.³

Mario Oderigo lembra que a criação judicial do Direito é necessária porque as leis que o juiz diariamente aplica contêm inevitavelmente o mínimo de injustiça, feitas que foram para a generalidade, não se ajustando, por inteiro, ao particular, o que o legislador sabe e desconta, ao redigi-las.⁴

2. Expressão utilizada por Cândido Rangel Dinamarco em palestra proferida na Faculdade de Direito de Araraquara-SP, em 24.9.93.

3. Ao tratar da criatividade da função jurisdicional, assim se expressou Mauro Cappelletti: “Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito. A questão, conquanto antiga e infinitas vezes debatida, exibe viva atualidade parece evidenciado, além das repetidas alusões, no nosso e em outros países, de uma “função supletiva” dos juizes, pelo fato de sua escolha como tema central de discussão no recente congresso que reuniu, na Austrália, algumas centenas de juizes das cortes supremas e de apelação de numerosas dezenas de países de todos os continentes”. (*Juizes Legisladores?*, trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Fabris Editor, P. Alegre, 1993, p. 13).

4. Citado por Ricardo Antunes Andreucci na obra *Direito Penal e Criação Judicial*, RT, 1989, p. 63.

1. Premissa maior, a lei; premissa menor, o fato; conclusão, a decisão contida na sentença.

2. Objeções históricas

A maior oposição à atividade criadora do juiz registrou-se no período do Iluminismo. Beccaria não admitia sequer a interpretação da lei pelo julgador: “Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juizes criminais, pela própria razão de não serem legisladores”.⁵

Este posicionamento pode ser explicado pela necessidade de reação aos abusos praticados pelos juizes na época da Inquisição, como se nota facilmente na leitura do famoso livro de Cesare Bonesana:

“O espírito da lei seria, pois, o resultado de uma boa ou má lógica do juiz, de uma fácil ou malfeita digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas pequeninas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito instável do homem. Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar freqüentes vezes na passagem que faz por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser vítima dos falsos raciocínios ou da atual efervescência dos humores de um juiz que toma por legítima interpretação o vago dos resultados de toda aquela série confusa de noções que lhe move a mente”.⁶

Quase dois séculos atrás Jeremy Bentham lutava pela codificação do direito inglês, na qual vislumbrava instrumento para lhe assegurar maior grau de certeza. E apontava os vícios do direito criado pela jurisprudência: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação. Segundo Cappelletti,

5. *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Marcílio Teixeira, Ed. Rio, 1979, p. 40. Para Beccaria, “não existe coisa mais perigosa do que aquele axioma comum que é preciso consultar o espírito da lei. Seria um dique rompido ante a torrente de opiniões”.

6. Ob. cit., p. 41-42.

“Bentham, na verdade, era consciente de que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário. Mas o que ele nunca talvez poderia prever foi que, paradoxalmente, justamente na época que se lhe seguiu, e especialmente no Século XX, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo — ocorrido tanto nos países de *Common Law* quanto nos de *Civil Law* — constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, do papel criativo dos juizes”.⁷

As objeções dos iluministas, preocupados com as arbitrariedades dos inquisidores, e as críticas daqueles que se opunham ao obscuro sistema consuetudinário inglês, estão hoje totalmente ultrapassadas, diante das transformações registradas em todo o mundo a partir das revoluções liberais do Século XVIII. Poucos seriam os doutrinadores de hoje dispostos a defender a famosa frase de Montesquieu (“O juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”).

3. Limites da criatividade

A criação judicial deve atender aos legítimos anseios sociais, ao respeito aos direitos humanos e ao próprio interesse da Justiça. Caso contrário, não será Justiça. Por isso, as inovações na interpretação do Direito Positivo não devem causar temor ou desconfiança. Se o juiz dá ao caso que lhe foi submetido a julgamento a melhor decisão, esta será uma “decisão justa”, ainda que afastada da interpretação literal da norma legal.

O temor de que tal prática poderia provocar insegurança deve ser contestado com a revolta causada por uma

7. Ob. cit., p. 18.

decisão perfeitamente adequada à lei mas contrária aos interesses individuais e sociais.

Há décadas que Noé Azevedo advertia: “Mais vale a garantia pessoal representada por magistrados capazes de usar de um certo arbítrio em benefício tanto do indivíduo como da sociedade, do que a garantia legal estratificada na rigidez das normas, com as quais o mau juiz poderá vergastar os seus desafetos, transformando fatos inocentes, capciosamente interpretados, em crimes severamente punidos”.⁸

Depois de esclarecer que não existe oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito (“na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”), Cappelletti chama a atenção para o verdadeiro problema a ser enfrentado: o grau de criatividade, os modos, os limites e a aceitabilidade da criação do direito pelos juízes e tribunais. E adverte que tal atividade não deve ser confundida com a afirmação de “total liberdade” do intérprete:

“Discrecionariade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. Quanto aos limites processuais, entendo sejam de tal modo essenciais a ponto de envolver a própria natureza do processo judiciário. (...) No que concerne aos limites substanciais, esses, longe de ser o elemento *sine qua non* da atividade jurisdicional, variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e

até no âmbito da mesma época e sociedade. Incluem, vez por outra, opiniões de jurisconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembléias, leis de parlamentos, códigos etc”.⁹

4. A criação na justiça penal

No âmbito criminal — objeto de nosso estudo — os limites à criação judicial devem ser fixados com maior rigor, diante da gravidade das sanções e da importância dos bens jurídicos tutelados.

Pode-se afirmar que a regra constitucional do *devido processo legal* configura o limite básico da criatividade, em termos processuais. A inovação será aceitável se não violar direitos da acusação ou da defesa, tanto na produção de provas como na argumentação.¹⁰

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “a regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para

9. Ob. cit., p. 23-24.

10. Para Cândido Rangel Dinamarco, “a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável a celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*”. (*A Instrumentalidade do Processo*, 3.ª ed., 1993, p. 25).

8. *As Garantias da Liberdade Individual em Face das Novas Tendências Penais*, S. Paulo, 1936, p. 239.

alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir". E concluem: "O que deve ser combatido, nessa matéria, é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido".¹¹

Já na esfera do direito material, o princípio da reserva legal deve delimitar com todo o rigor a criatividade judicial. "A sua natureza — afirma Ricardo Antunes Andreucci, ao comentar a legalidade penal — influenciando na dogmática e na aplicação do Direito, apresenta cunho substancial, e não meramente formal, determinando consequências em seriação, além de, como preceito geral, servir de guia básico para interpretação, pelo menos no aspecto limitativo".¹²

Com tais limites, impostos pela Constituição e pela legislação ordinária, o espaço livre para a criação judicial é dos mais estritos, como convém ao Estado de Direito, que impede a violação das garantias individuais e coletivas.

Em consequência do princípio da legalidade, rejeita-se o emprego da analogia *in malam partem*, a retroação da norma incriminadora ou da lei nova *in pejus*, a tipicidade vaga e incerta, e o acolhimento do costume *praeter* ou *contra legem*.

O mesmo não acontece no emprego da analogia *in bonam partem*, não obstante as objeções de Nuvolone.¹³ Além disso, como registra Andreucci, "o *nullum crimen nulla poena sine lege* opera com as limitações decorrentes da própria atividade legiferante, a qual deixa espaços, voluntária ou involuntariamen-

te, para a atuação do juiz, com papel criador".¹⁴

Tais limitações, portanto, longe de impedir a criação judicial impõem ao julgador um cuidado redobrado, a fim de que a criatividade seja adequada à melhor realização da Justiça e não se transforme em instrumento de arbítrio e de violação das garantias instituídas pela Constituição Federal.

Na segunda parte deste trabalho focalizaremos a orientação da jurisprudência brasileira em face do jogo do bicho, das lesões entre cônjuges e dos crimes de bagatela, para demonstrar a ocorrência prática da criação judicial.

5. Jogo do bicho

No início dos anos 80 surgiu no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendimento favorável à impunidade dos acusados pela contravenção penal denominada "jogo do bicho" (art. 58 do Dec.-lei 6.259/44). Num autêntico exercício de criação judicial, os magistrados consideravam que a infração não merecia mais a reprovação social, diante da exploração, pelo Estado, de várias modalidades de loteria.

"Apesar de ser contravenção penal por definição legal — diz acórdão relatado pelo Juiz José Pacheco — o "jogo do bicho", como o futebol, empolga e fascina o brasileiro. A lei penal que o pune vai, por isso, dia-a-dia perdendo sua eficácia e poucos são os que se animam a aplicá-la, notadamente após a criação da loteria esportiva e do jogo conhecido por loto".¹⁵

14. Acrescenta Ricardo Antunes Andreucci que "merece destaque que tal agir, cobrindo os vazios dos tipos abertos, dos crimes culposos e comissivos por omissão, efetivamente conclui por estabelecer o conteúdo destas normas, incriminadoras, ocas, a partir mesmo da demarcação de um dever, até prelegal, não cumprido pelo réu" (ob. cit., pp. 81-82).

15. RT 591/358; 6.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 4.10.83.

11. *As Nulidades no Processo Penal*, 1992, p. 15.

12. *Direito Penal e Criação Judicial*, Ed. RT, 1989, p. 12.

13. Pietro Nuvolone, *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, 1975, pp. 116-117.

Para o Juiz Nélson Schiesari, “num país onde proliferam loterias, a contravenção do “jogo do bicho” caiu no *demodé*”¹⁶; já o Juiz Raul Motta, além da inexistência de reprovabilidade social, considera que a punição mostra-se inconveniente, “mesmo porque tal prática constitui, hoje, considerável mercado de trabalho à disposição de mão-de-obra não especializada.”¹⁷ Outros argumentos indicados em decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: não é mais possível punir a contravenção apenas porque o jogo não é explorado ou taxado pelo Estado;¹⁸ configuração de erro de fato porque o agente supõe tratar-se de atividade lícita.¹⁹

O Juiz Dante Busana chegou a protestar contra a repressão limitada aos pequenos colaboradores do jogo: “A Polícia desincumbe-se da repressão ao “jogo do bicho” prendendo aposentados, velhos e deficientes físicos, portadores de uns poucos cruzeiros e algumas apostas. A abelha-rainha não é tocada e as abelhas operárias, que caem, são logo substituídas. Se assim há de ser, se faltam os meios ou a vontade para a verdadeira repressão do jogo, é de exigir-se que as diligências contra os pequenos sejam minuciosas e a prova escoimada de dúvidas.”²⁰

Na doutrina, Antonio José Sady sustentou a revogação tácita da norma contravencional, a teor do art. 2.º, § 1.º, da LICC: “A revogação tácita não se encontra apenas no texto das leis, mas

principalmente no espírito delas, como ensina Paulo de Lacerda, posto que o legislador não buscou especificamente a revogação da lei, mas isto resulta de um ato seu, pelo fato de obrar de maneira inconciliável com a vontade de manter a vigência do seu mandamento anterior.”²¹

Posicionamento contrário não demorou a surgir, merecendo realce artigo do Des. Geraldo Amaral Arruda sustentando que “não ocorre a hipótese de absolvição contra previsão legal, ainda que a pretexto de seu desuso”. Para ele, o juiz deve julgar não só segundo a lei, mas também com justiça. E, para julgar também com justiça, pode libertar-se das estreitezas da Dogmática e avançar na interpretação construtiva da lei, visando à sua integração e ajustamento à consciência jurídica. Mas tal atividade não pode, evidentemente, ser arbitrária, nem chegar ao abuso da interpretação *contra-legem*. O art. 386 do CPP não prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença absolutória com desprezo frontal à previsão legal em vigor.²²

A jurisprudência, aos poucos, mudou sua orientação, voltando a considerar o “jogo do bicho” uma contravenção punível. Acórdão relatado pelo Juiz Silva Pinto assinala que: “O argumento de que a infração estaria derogada pelos costumes do povo e também porque o Governo aprova e explora várias modalidades de loterias, *data venia*, não tem as mínimas condições de vingar. Na

16. RT 601/348; 4.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 21.11.84.

17. RT 606/334; 5.ª C. do TACrim-SP, v.u., j. 3.12.85.

18. RT 621/334; 5.ª C., j. 26.5.87, rel. Juiz Marrey Neto.

19. RT 609/350; 12.ª C., j. 15.4.85, rel. Juiz Emeric Levai. Outras decisões favoráveis à impunidade do infrator desta contravenção: RT 579/330; 606/338.

20. JTACrim-SP, 77/286.

21. Aduz ainda que “a conformidade com a Ciência e o espírito de justiça leva a concluir que a legislação que criou os jogos oficiais — jogos de azar, todos eles — suprimiu o fundamento moral que deu vida à regra incriminadora. Esta passou a colidir com o princípio geral, decorrente da restante legislação, de que o jogo é atividade lícita, adequada à sociedade e conforme os padrões morais vigentes, tanto que o Estado o explora, com farta publicidade” (RT 646/388).

22. RT 606/281.

verdade qualquer lei sempre terá vigor e deverá ser respeitada e aplicada até que surja outra que a modifique ou a revogue. O costume, máxime quando contrário à moralidade pública, não pode derogar ou revogar a legislação". O aresto chegou a sugerir que as ponderações favoráveis à impunidade fossem endereçadas aos legisladores e não ao aplicador da lei.²³

O Juiz Dante Busana, não obstante as objeções apresentadas anteriormente, concluiu que "não pode o juiz negar tipicidade ao fato que o Direito Penal considera contravenção sob o fundamento de que a conduta apenada não contrasta com o sistema axiológico e os padrões culturais da sociedade brasileira. Ao Poder Legislativo — não ao Judiciário — cabe descriminalizar as condutas que, eventualmente, deixem de representar um desvalor. Enquanto não o fizer, permanece a ilicitude formal e material do comportamento".²⁴

O tema propiciou a formulação de críticas aos outros Poderes, como se lê no aresto relatado pelo Juiz Haroldo Luz: "O 'jogo do bicho' ainda constitui contravenção penal, não sendo dado ao Poder Judiciário, a pretexto de exercitar critérios de duvidosa política criminal, colidentes com a proibição do enriquecimento ilícito, desobedecer à lei que os outros Poderes não têm a coragem de modificar ou têm a ousadia de afrontar".²⁵

23. RT 608/342; 8.ª C. do TACrim-SP, j. 20.3.86.

24. RT 611/359; 3.ª C. do TACrim-SP, j. 1.7.86.

25. RT 640/306 — 2.ª C. do TACrim-SP, j. 23.2.89. No mesmo sentido, proclamando ainda que "o Judiciário não pode recusar obediência à lei, revogando-a, sem competência constitucional, a pretexto de haver ela perdido seu supedâneo ético ou conteúdo jurídico", v. acórdão publicado na *RJDTACRIM*, 5/68 (rel. Juiz Walter Tintori).

"As práticas lotéricas — sustenta o Juiz Corrêa de Moraes — não são intrinsecamente contrárias aos bons costumes. A reprovabilidade do 'jogo do bicho' dimana do fato de que é realizado não apenas à margem da lei, mas em acintoso e persistente antagonismo aos editos restritivos; portanto a existência de loterias oficiais não tem o condão de afastar a tipicidade da referida contravenção".²⁶

Esta é, hoje, a posição dominante na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial interposto pelo Ministério Público contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, reconheceu que "o jogo do bicho" configura contravenção punível, porque se trata de atividade clandestina, proibida e não fiscalizada.²⁷

Podemos acrescentar que o "jogo do bicho", em si mesmo, não tem a característica anti-social de outrora, mas está intimamente ligado a outras atividades ilícitas de alta gravidade, como o tráfico de entorpecentes, o contrabando e a exploração do lenocínio. Por isso, a tolerância ou a impunidade dessa infração contravencional pode facilitar a prática de delitos altamente prejudiciais à sociedade.

Além disso, são constantes as batalhas travadas entre quadrilhas de "bicheiros", especialmente nos grandes centros urbanos, motivadas pela disputa do domínio exclusivo dos pontos mais lucrativos. Não são poucas as mortes

26. *RJDTACRIM* 10/127, 7.ª C. do TACrim-SP, j. 22.11.90. Outros julgados reconhecendo a tipicidade da infração contravencional: RT 596/367; 601/336; 603/357; 613/346; 649/296; 656/315; *RJDTACRIM*, 3/102 e 5/67. Na doutrina, o artigo "O jogo do bicho e seus apologistas", de Osvaldo da Silva Rico, in *RJDTACRIM*, 1/16.

27. *RJDTACRIM* 9/286; Rec. Esp. 4.151-SP, 5.ª T. do STJ, rel. Min. Assis Toledo, j. 3.9.90.

violentas que esses combates provocam, muitas vezes vitimando pessoas desvinculadas da criminalidade.

6. Lesão entre cônjuges

São freqüentes os processos por lesão corporal praticada pelo marido ou companheiro, contra a esposa ou companheira e vice-versa. Crises conjugais aliadas a problemas financeiros ou domésticos acabam motivando as agressões entre cônjuges, mas, não raras vezes, no momento do julgamento, o casal já está reconciliado. Surge, então, para o juiz, um verdadeiro dilema: uma condenação pode desencadear nova crise conjugal; e a absolvição não encontra fundamento nas hipóteses do art. 386 do CPP.

A solução tem sido a absolvição por insuficiência de provas, não obstante a plena comprovação do delito e da autoria. Muitos julgados, entretanto, enfrentam a questão e, num evidente exercício de criação judicial, absolvem o acusado por *interesse social*, como se vê em acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Tratando-se de mero incidente doméstico, do qual resultaram levíssimos ferimentos na vítima, aconselha o interesse social a absolvição do acusado, pois mais convém a harmonia do casal do que uma decisão que poderia acarretar sua separação".²⁸

Outro acórdão do mesmo Tribunal chega a recomendar a solução absolutória como forma de assegurar a estabilidade da família: "Em inúmeros casos tem o Poder Judiciário reconhecido ser aconselhável a absolvição do acusado

que pratica pequenas agressões contra o cônjuge, ante a verificação de que o casal se reconciliou e de que a pequenez do agravo físico deve ceder perante o bom convívio familiar".²⁹

O posicionamento da jurisprudência se modifica no caso de registro de agressões anteriores ou se o fato teve intensa repercussão social.³⁰⁻³¹

Helena Fragozo discorda da solução adotada pela Justiça, reclamando uma definição legal para tais situações: "A questão jurídica que aqui se apresenta é delicada. É sabido que o MP raramente inicia ação penal em casos de briga entre marido e mulher, violando o princípio da obrigatoriedade, atendendo, no entanto, sem dúvida, a uma conveniência social. A ação penal em tais casos está fadada ao insucesso. Por outro lado, a autoridade policial raramente instaura inquérito em situações dessa natureza. A ilegalidade desse procedimento, todavia, é manifesta. (...) Nosso direito vigente não oferece solução para os casos em que a ação penal é anti-social, desatendendo aos interesses da justiça penal. Essa solução tem de ser buscada fora da lei; seja através da inércia da autoridade policial, seja pelo arquivamento do inquérito, seja pela absolvição "por falta

29. RT 538/360, rel. Juiz Tomaz Rodrigues.

30. RT 550/313, rel. Juiz Gonçalves Sobrinho. No mesmo sentido este acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "Em tema de agressão de marido à mulher é recomendável prudência ao julgador na aplicação da lei, mas, se a agressão, sem qualquer justificativa, é reiterada, não pode permanecer impune" (RT 567/362, rel. Des. Tycho Brahe).

31. Acórdão do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara reconheceu a excludente do exercício regular de direito na agressão praticada pelo marido contra a mulher em razão da recusa desta à conjunção carnal, alegando cansaço (RT 461/444, rel. Juiz Luciano Belém). Em sentido contrário, RT 569/325; TACrim-SP, rel. Juiz Silva Franco.

28. O enunciado do acórdão é o seguinte: "Lesão corporal de natureza leve — Agressão a companheira de longos anos — Fato devido a embriaguez — Casal que vive harmoniosamente e possui filhos — Absolvição mantida — Inteligência do art. 129 do CP" (RT 524/405, rel. Juiz Gonçalves Sobrinho).

de provas". (...) A solução, de *lege ferenda*, está em estabelecer temperamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, se não se quiser adotar o princípio da oportunidade".³²

Uma proposta para solucionar vários casos de agressões entre cônjuges, sem sequer provocar a instauração do processo, consiste em incluir o crime de lesão corporal leve entre os delitos de ação penal pública condicionada à representação, em futura reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal. Enquanto isso, só resta à justiça o caminho sugerido pela jurisprudência: a absolvição para garantir a harmonia conjugal.

7. Crime de bagatela

A questão do crime de bagatela está ligada ao chamado Princípio da Insignificância, formulado por Claus Roxin como complemento à Teoria da Adequação Social, introduzida no Direito Penal por Hans Welzel.

Segundo Welzel, o tipo delitivo é um modelo de conduta reprovável. Não pode, por isso, alcançar condutas socialmente aceitas e adequadas. O fato é, portanto, atípico, e não se confunde com uma excludente de ilicitude, como bem demonstra Francisco de Assis Toledo:

"A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica".³³

O mesmo autor faz uma comparação no crime de lesão corporal: a legítima defesa deve ser demonstrada em juízo, ou pelo menos no inquérito policial, sujeitando o agente aos ônus e dissabo-

res do processo. Já a lesão causada numa competição esportiva, dentro dos padrões da normalidade e das regras do jogo, é conduta socialmente aceita. Não existe tipicidade material; dispensa-se a demonstração processual. "A adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente *atípicos*". E conclui com observação de Mir Puig: "Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto".³⁴

Por considerar insuficiente tal teoria, Claus Roxin propôs, então, a introdução, no Direito Penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria como regra auxiliar de interpretação, para excluir os danos de pouca importância do âmbito da repressão penal. Trata-se do Princípio da Insignificância, assim resumido por Francisco de Assis Toledo: "O Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas".³⁵

34. "Introducción a las bases del derecho penal", Barcelona, Bosch, 1976, p. 154, citado por Francisco de Assis Toledo, na obra acima referida.

35. Ob. cit., p. 133. Segundo Francisco de A. Toledo, são os seguintes os casos mais frequentes de aplicação do Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro: 1. Dano (art. 163) — não deve ser qualquer lesão a bem alheio, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; 2. Descaminho (art. 334, § 1.º, d) — não se configura com a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; 3. Peculato (art. 312) — não está dirigido a apropriação de ninharias; 4. Crimes contra a honra (arts. 138 a 140) — devem restringir-se a fatos que realmente possam afetar a dignidade, a reputação e a honra. (p. 134).

32. *Jurisprudência Criminal*, Forense, v. 1, 4.ª ed., 1982, p. 348.

33. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 4.ª ed., 1991, pp. 131-132.

Crime de bagatela, portanto, é o de ínfima conseqüência lesiva, sem repercussão à harmonia social.³⁶

Não há, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, regra disciplinadora do Princípio da Insignificância. A absolvição ou a punição reduzida, pela configuração de infração de bagatela, por isso, deve ser decidida em cada caso pelo magistrado, num autêntico exercício de criação judicial.

A doutrina, ao mesmo tempo em que formulou o princípio, tratou de estabelecer critérios para o reconhecimento do crime de bagatela. Carlo Enrico Paliero sugere três requisitos fundamentais para orientação do juiz:

1. escassez do dano social;
2. desvalor da ação penal;
3. desvalor da culpabilidade perante o fato.³⁷

Segundo Odone Sanguiné, o *leading case* de reconhecimento de crime de bagatela, no Brasil, está no RHC 66.869-1-PR, do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Aldir Passarinho, cuja ementa é a seguinte: "Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos — e a outra prova não seria possível fazer-se tempos depois — há de impedir-se que se instaure ação penal, que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".³⁸ O

acórdão, de 1988, demonstra a timidez do Tribunal ao enfrentar a questão, confundindo o Princípio da Insignificância com o excessivo volume de processos nas varas criminais.³⁹

Já o Superior Tribunal de Justiça, em processo de competência originária, reconheceu a configuração de crime de bagatela em lesão corporal culposa de ínfima conseqüência lesiva, por acidente de trânsito: "Incolumidade física da vítima quase não atingida (pequena solução de continuidade da pele na região anterior do joelho esquerdo). Hipótese, em última análise, de caracterização de crime de bagatela, de repercussão praticamente nenhuma à harmonia social". A absolvição do acusado, entretanto, foi fundamentada no art. 386, VI, do CPP (insuficiência de prova).⁴⁰

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, acórdão relativo a lesão corporal culposa, por acidente de trânsito, apreciou os três requisitos propostos por Carlo Enrico Paliero e considerou não configurado o desvalor da culpabilidade, pois a acusada provocou a colisão por desrespeito à sinalização de preferência de passagem, comportamento *socialmente perigoso*.⁴¹

Em outra decisão, o TACrimSP absolveu o acusado de lesão corporal dolosa, considerada infração de bagatela

significância está na idéia de *proporcionalidade* de que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato".

39. RHC 66.869-1-PR, 2.^a T. do STF, v.u., j. 6.12.88, in *DJU* de 28.4.89, p. 6.295, rel. Min. Aldir Passarinho.

40. A. pen. 13-RS — Corte especial — rel. Min. Athos Carneiro — j. 13.12.90 — *DJU* de 18.3.91 — RT 670/328.

41. RT 664/285, rel. Juiz Haroldo Luz.

36. Segundo o Grande Dicionário Etimológico e Prosódico da Língua Portuguesa, de Silveira Bueno, a palavra *bagatela* é originária do italiano (*bagatelle*) e significa coisa de pouco valor, de pequena importância, insignificante, ninharia.

37. Citado pelo Juiz Haroldo Luz em acórdão publicado na RT 664/287.

38. Observações sobre o "Princípio da Insignificância", em *Fascículos de Ciências Penais*, P. Alegre, v. 3/47, 1990. Segundo Sanguiné, "o fundamento do princípio da in-

la: "Lesão de pequeníssima monta pode afastar a tipicidade pelo Princípio da Insignificância".⁴²

Em conclusão, pode-se afirmar que não existem tipos penais de bagatela — fato que significaria descumprir a lei — mas sim infrações que, por suas circunstâncias próprias, evidenciam uma ínfima consequência lesiva. No caso da lesão corporal, não é o delito definido na lei penal que a caracteriza como infração de bagatela. O Princípio da Insignificância exige uma análise profunda do desvalor do dano, da ação penal e da culpabilidade em cada processo, de forma a estabelecer a irrelevância do fato para o Direito Penal.

Tais infrações, com certeza, passarão para a competência dos juizados de pequenas causas, assim que a lei regulamentar o disposto no art. 98, I, da Constituição Federal (infração de menor potencial ofensivo).

Bibliografia

ANDREUCCI, Ricardo Antunes; *Direito Penal e Criação Judicial*, Ed. RT, 1989.

AZEVEDO, Noé; *As Garantias da Liberdade Individual em Face das Novas Tendências Penais*, S. Paulo, 1936.

42. Julgados do TACrim, 75/307, cf. Celso e Roberto Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.ª ed., 1991, p. 220.

BECCARIA, Marquês de (Cesare Bonesana); *Dos Delitos e das Penas*, trad. de Marcílio Teixeira, Ed. Rio, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro; *Juízes Legisladores?*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Fabris Editor, P. Alegre, 1993.

DELMANTO, Celso e Roberto; *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel; *A Instrumentalidade do Processo*, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; *Jurisprudência Criminal*, Forense, 1982.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros; *As Nulidades no Processo Penal*, 1992.

NUVOLONE, Pietro; *Il Sistema del Diritto Penale*, Padua, 1975.

SOUZA, José Guilherme de; *A Criação Judicial do Direito*, Fabris Editor, P. Alegre, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis; *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991.

Revistas de Jurisprudência:

Revista dos Tribunais (RT)

Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo (JTA Crim-SP)

Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo (RJDTACRIM-SP)

SEQÜESTRO PRÉVIO E SEQÜESTRO NO CPC DISTINÇÃO

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Associado, regente da disciplina de Direito Processual Penal nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PARECER

1. Breve análise da mais recente legislação processual penal brasileira sobre medidas cautelares constritivas patrimoniais

1.1 Seqüestro de bens previsto no Dec.-lei 3.240, de 1941

Baixado em 8.5.41, e na esteira do disposto no art. 9.º, e seu parágrafo único, do Dec. 21.367, de 5.5.32, o Dec.-lei 3.240 teve como explícita finalidade a sujeição “a seqüestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, e outros” (textual).

Logo no art. 1.º estabeleceu três requisitos para a sua decretação, acrescentando outros dois no art. 3.º, como pode ser verificado num relance, à simples leitura dos mencionados dispositivos, assim redigidos: “Art. 1.º Ficam sujeitos a seqüestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, ou por crime definido no Livro II, Tít. V, VI e VII, da Consolidação das Leis Penais, desde que resulte locupletamento ilícito para o indiciado”; e, “Art. 3.º Para a decretação do seqüestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação

dos bens que devam ser objeto da medida”.

Relembrando que a antiga Consolidação das Leis Penais (de Vicente Piragibe) dispunha, no Livro II, sobre os “crimes em espécie”, e nos Tít. V, VI e VII deste, respectivamente sobre os crimes “contra a boa ordem e administração pública”, “contra a fé pública” e “contra a fazenda pública”, tem-se que os mencionados requisitos, na ordem disposta no Diploma legal, assim se apresentavam:

a) indiciamento do indivíduo enredado na *persecutio criminis*;

b) efetivação desta em decorrência da prática de crime de que resultasse prejuízo para a Fazenda Pública, ou, menos à falta de dano para o erário público, cometido “contra a boa ordem e administração pública”, “contra a fé pública”, ou “contra a fazenda pública”;

c) locupletamento ilícito do indiciado, resultante da prática da infração penal;

d) existência de “indícios veementes de responsabilidade do indigitado autor do crime”;

e) comunicação secreta, escrita ou oral (reduzida a termo), ao juiz, com a indicação dos bens a serem seqüestrados.

Somente quando estivessem reunidos esses requisitos, e a requerimento do Ministério Público, “fundado em representação da autoridade incumbida do

processo administrativo ou do inquérito policial", é que era dado ao juiz decretar o *seqüestro* (cf. art. 2.º).

Esse, singelo e bem definido, foi o regime estabelecido para o *seqüestro de bens de indiciado*, precedentemente à edição do Código de Processo Penal em vigor, no dia 3 de outubro do mesmo ano de 1941 (Dec.-lei 3.689).

1.2 Medidas cautelares constritivas patrimoniais no Código de Processo Penal de 1941

Este, em vigor desde 1.º de janeiro de 1942, e certamente sem a desejável sistematização, disciplinou as medidas cautelares constritivas patrimoniais em duas diversas formulações, tendo as denominadas medidas assecuratórias integrado o Tít. VI do Livro I (*do processo em geral*), referente às questões e processos incidentes (arts. 125 a 144), e a busca e apreensão sido incluídas no subsequente Tít. VII, alusivo à prova (arts. 240 a 250).

Abstração feita dessa atecnia, e restringindo a análise ora desenvolvida às medidas assecuratórias (já que a busca e apreensão, evidentemente, não diz respeito ao tema focalizado), bem é de ver, desde logo, que as respectivas regras, não só sucederam, como substituíram, as do apontado Dec.-lei 3.240/41.

Como precisa, a esse propósito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro no processo penal brasileiro*, S. Paulo, J. Bushatsky ed., 1973, pp. 108-109 — completando exaustivo estudo histórico (pp. 83-109), — a "3 de outubro de 1941, porém, se promulgou o Código de Processo Penal, para entrar em vigor, junto com o Código Penal, a 1.º de janeiro de 1942. Tão-só enquanto não adveio a vigência das suas novas normas, penais e processuais penais, valeram, plenamente, as dos Decs.-leis 3.240 e 3.415" (os destaques são meus).

Realmente, estabeleceu a ainda vigente Codificação processual penal o cabimento de seqüestro de bens imóveis, ou móveis (destes, no caso de inadmissibilidade de busca e apreensão), adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, "ainda que já tenham sido transferidos a terceiro", sempre que existentes "indícios veementemente da proveniência ilícita dos bens" (arts. 125, 126 e 132).

Assim também, e obviamente nas mesmas circunstâncias, a hipoteca legal sobre imóveis pertencentes ao indiciado, com a correspondente efetivação de seqüestro (arts. 134 a 136) — extensivo, subsidiariamente a móveis (art. 137), — e ambos com a idêntica finalidade de garantir o ressarcimento do dano causado ao ofendido e o pagamento das despesas processuais e da pena pecuniária (art. 140).

Do mesmo modo, ainda, a atribuição, ao Ministério Público, da promoção do seqüestro e da hipoteca legal, mediante requerimento ao órgão jurisdicional competente, quando "houver interesse da Fazenda Pública" (arts. 127, 142 e 144).

Dúvida não pode restar, portanto, acerca de que as referenciadas medidas cautelares constritivas patrimoniais passaram a reger-se pelo Código de Processo Penal de 1941, a partir de 1942, não mais incidindo sobre elas as normas do Dec.-lei 3.240/41.

Tanto isso é certo, aliás, que os mais autorizados especialistas, ao versarem a matéria, cogitam dos dispositivos daquele, sem nenhuma preocupação com os deste (v. Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, 2.ª ed., Rio, Record, 1960, I/231-242; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3.ª ed., Rio, Borsói, 1955, II/374-414; Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1956, t. 2.º, I/337-387; *Curso*

de processo penal, 6.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, 1/205 e 239; E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, 21.^a ed., atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 73-79; Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, Rio, Forense, 1982, pp. 413-435; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, 12.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990, 3.^o v., pp. 27-47; Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, 7.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 110-120).

E com absoluta exação, até porque, como universalmente consagrado, "*lex posterior derogat priori*" quando dela modificadora ou revocatória (v., a respeito, Oscar Tenório, *Lei de Introdução ao Código Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsói, 1955, p. 191: "Independente-mente de qualquer preceito legal, o tempo é um dos pressupostos da norma jurídica. A existência da lei não é eterna; está a depender de outra, modificadora ou revocatória").

Definitiva, no mais, é a explicação de Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1957, 1/81, ao destacar e precisar as duas espécies do gênero *revogação* — quais sejam a *derrogação* e a *ab-rogação*, — que a "lei derroga-se ou ab-roga-se" — diz o *Digesto*, Livro I, tit. XVI, *de verborum significatione*, frag. 102. "Derroga-se a lei quando se suprime certa parte dela" (modificação parcial, expressa ou implícita): "ab-roga-se quando se a suprime totalmente". *Derogatur legi, aut abrogatur. Derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur*. E a razão está em que as leis posteriores valem mais do que as anteriores. *Posteriores leges plus valent quam quae ante eas fuerunt* (*Digesto*, Livro I, tit. IV, *de Constitutionibus principum*, frag.4).

1.3 Seqüestro de bens na Lei 8.429, de 1992

Nada mais haveria para considerar sobre o seqüestro de bens relacionados com a prática de ilícito penal, pelo seu proprietário, em nosso ordenamento jurídico, não fosse a recente promulgação (em 2.6.92) da Lei 8.429, que, versando sobre os "atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito", dispõe, *in expressis verbis*, "sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências".

Após, especificar os agentes, públicos, ou a eles equiparados para os fins nele previstos (arts. 1.^o a 4.^o), definir os atos de improbidade administrativa (arts. 5.^o a 11) e estabelecer as correspondentes sanções (art. 12), e, ainda, versar sobre a declaração de bens do agente público, como condição da posse e do exercício de mandato, cargo, emprego ou função (art. 13), o novel Diploma legal cuida "do procedimento administrativo e do processo judicial", nos arts. 14 a 18 (tratando, ainda, das disposições penais e finais e da prescrição nos restantes arts. 19 a 25).

Naquilo que de perto interessa à análise ora procedida, dispõe o art. 16 que: "Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão" (encarregada da realização do procedimento administrativo) "representará ao Ministério Público, ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juiz competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1.^o O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do CPC. § 2.^o Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o

bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”.

E o art. 17 aduz que a “ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

2. Peculiaridades do seqüestro penal em nosso direito

2.1 Incidência das regras do Código de Processo Penal sobre a situação versada na consulta

Isso, devida e necessariamente esclarecido, bem é de ver que as situações preconizadas na Lei 8.429/92, não guardam similitude com a da consulta ora respondida, visto como, segundo a informação especificada no preâmbulo deste parecer, se trata de representação da autoridade policial encarregada da *informatio delicti*, ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, nos autos do Inq. 705-6/DF.

Não houve, portanto, ao que consta, procedimento administrativo realizado “na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei 8.112, de 11.12.90”, nem se está diante da atuação de “servidor militar” (cf. § 3.º do art. 14).

Não se cogita, outrossim, de atuação processual lastreada nos arts. 822 e ss. do CPC, em conformidade com o comando do § 1.º do art. 16.

Esse, aliás, e por certo, é o motivo pelo qual o Doutor Delegado de Polícia Federal, ao representar ao Chefe do Ministério Público Federal, reportou-se ao Dec-lei 3.240, de 1941...

Ora, como já procurei demonstrar (*in* tit. I, n. 2, *supra*), as normas desse Diploma legal somente tiveram a pretendida eficácia até quando do início da vigência do Código de Processo Penal de 1941, em 1.º de janeiro de 1942.

E, assim sendo, parece-me inequívoco, também, que, no âmbito da persecução penal, necessariamente sujeita ao crivo da Justiça Criminal, só pode ser admitida tal medida cautelar, ou, segundo a terminologia do legislador, “assecuratória”, nas hipóteses e formas preconizadas pela aludida Codificação nacional.

2.2 Caracteres da medida cautelar penal

Para melhor apreender-se quais são essas hipóteses e formas, não constituirá, por certo, demasia a relembração de que, proibida a efetuação de justiça de mão própria (“Não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe confere; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violências: D. 50.17.176 (Paulo, *lib. terc. dec. ad Plautium*) — “*Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maiores tumultus faciendi*”; cf. Amílcar de Castro, “Reparos sobre a jurisdição e a ação”, na *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio, Forense, 1975, n. 1, p. 15), assume o Estado a respectiva administração (cf., já agora, Hugo Alsina, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1957, II/418).

Daí, a concessão, ao membro da comunidade, do direito à jurisdição (e correspondente ação, a que se identifica o respectivo exercício); e, correlatamente, a determinados agentes estatais, o poder-dever de solucionar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos a apreciação, assim como o de fazer cumprir suas próprias resoluções.

E como esse poder-dever assume três diversificados aspectos (a saber: de declarar o direito, de satisfazer o direito declarado, e de assegurar o direito cuja

declaração ou satisfação é invocada), conceitua-se a jurisdição, *in genere*, como o poder-dever de realização de justiça estatal, mediante declaração, satisfação ou assecuração de direito subjetivo de um dos sujeitos parciais da relação jurídica material (cf. nossos “Aspectos modernos do conceito de ação”, em *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1985, p. 27; e “Medidas cautelares constritivas patrimoniais”, em *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, no prelo; com lastro nos magistérios de Celso Neves, “Jurisdição e execução”, em *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*, S. Paulo, Resenha Tributária, 1976, p. 313; e de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “A “liberdade jurídica” no direito e no processo”, nos mesmos *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*, p. 290).

Contemplando e reforçando essa concepção, anota Enrico Tullio Liebman, “Unità del procedimento cautelare”, em *Problemi del processo civile*, Nápolis, Morano, 1962, pp. 109-110, a distinção entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, afirmando que este se contrapõe, como um *tertium genus*, aos outros, “ed è caratterizzato dalla sua funzione strumentale, ausiliaria, nei confronti di un processo principale, del quale mira a garantire la proficuità dei risultati, nei casi ammessi dalla legge” (em vernáculo: “e é caracterizado pela sua função instrumental, auxiliar, no confronto com um processo principal, do qual visa a garantir a proficuidade do resultado, nos casos em lei admitidos”).

Explica, noutra angulação, Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*, São Paulo, Leud, 1976, p. 55 — atrelado a ensinamento de Javier Arturo Torres Vera, *Jurisdicción y cautela*, Santiago de Chile, Ed. Jur. de Chile, 1965, p. 41, — não haver por que duvidar-se da

acepção de cautela como um poder implícito no de jurisdição, ultrapassada que se encontra “a velha concepção alemã que apenas via na jurisdição e cognição e a execução, reservando para as medidas cautelares a posição de um simples apêndice da execução forçada”.

É que, na realidade, inúmeras medidas cautelares “revestem-se dos caracteres da cognição e servem de instrumento apenas ao processo de conhecimento, e não ao da execução, como é o caso da antecipação de provas, da exibição de documentos e coisas etc. De tal maneira, a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus* entre a cognição e a execução, participando da natureza de ambas as funções, mas gozando de autonomia, graças aos fins ou objetivos peculiares da cautela”.

De qualquer maneira, apresenta-se a medida cautelar, no mundo jurídico, visando à assecuração da eficácia futura de um processo de conhecimento ou de execução, ao qual preordenada, como um “meio e modo de garantir o resultado da tutela jurisdicional” nele objetivada (cf. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Rio, Forense, 1965, IV/13; e *Manual de direito processual civil*, 5.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1983, IV/341-342).

Basificada, ademais, e sempre, na concorrência de dois pressupostos, sintetizados nas difundidas locuções *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (cf., ainda, Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Milão, Giuffrè, 1973, I/172; Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*, cit., pp. 55-56) e dotada de **preventividade**, caracteriza-se, igualmente, pelas suas **instrumentalidade** e **provisori-riedade** (v., tb., Eduardo Font Serra, “Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva”, em *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Eunsa, 1974, p. 143; Gaetano

Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, 2.^a ed., Milão, Giuffrè, 1965, I/501; Antonio Baudi, *Il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Milão, Giuffrè, 1990, pp. 9-10; José Frederico Marques, "Elementos de direito processual penal", cit., IV/14; Sydney Sanches, *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*, S. Paulo, RT, 1978, pp. 29-32).

Por isso que sua concessão deve vigorar, em regra, até quando da efetivação da tutela definitiva do direito subjetivo material do interessado, ou, em senso inverso, apenas durante certo tempo ou a tramitação do processo de conhecimento ou de execução, perdendo sua eficácia decorrentemente da extinção deste.

E, de resto, pode ser pleiteada e concedida, mesmo que não instaurado o respectivo processo cautelar, especialmente no âmbito da *persecutio criminis*, em que não há lugar para este, mas, tão-só, e especificamente, para medidas cautelares (v., a respeito, Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. cast. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibl. Arg., 1945, p. 33; Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, 2.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1978, 3.º/4-5; e nosso *Medidas cautelares constitutivas patrimoniais*, cit., no prelo).

Com efeito, nesse derradeiro enfoque, é possível afirmar, sem receio de equívoco, que, na Justiça Criminal — a par da correlação *exclusiva* entre a cautela e a cognição, em cujo processo, aquela, sob as mais variegadas formas, se encarta —, as medidas cautelares são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo *iter* procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor.

2.3 Espécies de seqüestro penal

a) Exegese do art. 125 do CPP

Tecidas essas genéricas considerações, insta a que se examine, já agora, as diferentes espécies de seqüestro, estabelecidas no Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, observada a ordem da enunciação, tem-se que a estatuída no art. 125 ("Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros") ganhou do legislador aparentemente larga abrangência, ao ponto de ilustres analistas, como Hélio Tornaghi, nos seus *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., t. 2.º I/344, asseverarem que fez "entrar nela não apenas o que tradicionalmente se costuma denominar seqüestro, mas também outros institutos afins e, especialmente, o arresto (v. também, incorrendo na mesma falha de percepção, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., 3.º/30; e Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, cit., p.414).

Na realidade, trata-se de seqüestro mesmo — seqüestro penal, — que não pode, nem deve, ser confundido com o mesmo instituto, em âmbito de jurisdição extrapenal (v. a respeito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro no processo penal brasileiro*, cit., pp. 127-128; E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 74).

Como precisa o ilustre Mestre das Arcadas e Magistrado, o seqüestro, "em processo penal, considerando-se-lhe a finalidade, tem por fadário assegurar as obrigações nascentes do delito: propiciando, assim, à execução os meios de reparação do dano, se e quando condenatória a sentença". E completa logo adiante, *verbis*: "O cabimento se dá, por conseguinte, sobre bens determinados,

mas não litigiosos, no sentido do processo civil (arts. 125 e 132, do CPP e art. 809, do Anteprojeto José Frederico Marques)".

Ora, é da essência do seqüestro recair sobre bem ou bens determinados. Mostra-o, por todos, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Livr. Bernardo Alvares, 1958, pp. 64-65, ao estabelecer, em lapidar síntese, a distinção entre seqüestro e arresto, a saber: "O seqüestro tem direção determinada: sobre determinada coisa. O arresto se dirige indiscriminadamente contra o patrimônio do devedor".

Por outro lado — permito-me aduzir —, mesmo no processo civil, torna-se essencial à concessão do arresto prova literal de dívida líquida e certa; e, assim também, a documental, ou espécie outra, justificativa da ocorrência de uma das situações elencadas no art. 813 do CPC.

O mais que se pode asseverar, e deve ser asseverado, é que o examinado artigo 125 não fez abranger, explicitamente, os bens imóveis que constituem produto direto da infração penal, os quais, como é óbvio, são inconfundíveis com os representativos do produto indireto da atividade criminosa (v., ainda, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro no processo penal brasileiro*, cit., pp. 9 e 128; e, em idêntico senso, Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, cit., v. I, pp. 233-234; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., II/374).

Não obstante isso, segundo opinião generalizada na doutrina, inclusive alienígena, trazida à colação por Pitombo, in p. 9, nota 12 (v., tb., além dos ali citados, Vincenzo Manzini, *Tratatto di diritto processuale penale italiano*, 6.ª ed., atual, por G. Conso e G. D. Pisapia, Turim, Utet, 1970, III/761; Giuseppe Guarnieri, "Confisca", em *Novissimo digesto italiano*, Turim, Utet, 1957, IV/

40; Carlo Saltello, "Confisca", em *Il nuovo digesto italiano*, Turim, Utet, 1938, III/791; Pio Ferrone, *Il sequestro nel processo penale*, Milão, Giuffrè, 1974, I/9; Roberto Lyra, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1942, II/462; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1966, III/300), tanto um como o outro constituem objeto do referenciado ato de constrição judicial, no processo penal, e a saber:

"Em ambos os casos, vale o seqüestro. No primeiro, porque impossível a apreensão. No segundo, porquanto cabente o seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração, seria absurdo deixá-los inconstritos..."

... Outra solução, nos dois casos referidos, figura-se inviável até porque, a lei processual penal, expressamente, admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3.º do CPP)" (cf., ainda, Pitombo, in p. 11).

Assim, resta indubitado que o analisado art. 125 prevê medida cautelar, corretamente denominada seqüestro, e mediante a qual se dá a constrição de bem imóvel, ou bens imóveis, constitutivos de produto direto ou indireto da infração penal, com a finalidade precípua de propiciar ao ofendido a reparação do dano causado pelo crime, bem como de garantir o pagamento das despesas processuais e da pena pecuniária fixada em sentença.

Trata-se, outrossim, de ato coercitivo real, implicativo de restrição a direitos patrimoniais do indiciado, acusado, ou terceiro a quem transferido, dada a inibição temporária da disponibilidade do bem seqüestrado, que fica depositado à disposição da Justiça Criminal, de sorte a assegurar o cumprimento de "obrigações que nascem do crime e se tornam certas com a sentença condenatória" (cf. Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, cit., 3.º/17; e, no plano conceptual universal, José I. Cafferata Nores, *Medi-*

das de coerción en el proceso penal, Córdoba, 1983, p. 126).

b) Identificação do disposto no art. 132

Com a mesma diretriz, expressa o art. 132 do CPP, *verbis*: “Proceder-se-á ao seqüestro de bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no cap. XI do tit. VII deste livro”.

Relembrando que o apontado art. 126 estabelece que, para a decretação do seqüestro, “basta a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, e a referência final do dispositivo transcrito é a busca e apreensão, regulada nos arts. 240 a 250; tem-se que o estudado ato construtivo, com relação a bens móveis assume as mesmas características do alusivo a imóveis, logo acima perfilhadas.

Como anota Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., 3.º/36, são aplicáveis “ao seqüestro de móveis todas as disposições pertinentes ao de imóveis, salvante, é óbvio, a que se refere à inscrição” (*rectius*: averbação). “Esta se faz para os imóveis. Desse modo, o que falamos sobre o seqüestro de imóveis tem inteiro cabimento aqui”.

Há, todavia, e como também assentado logo acima, uma única exceção a ser considerada.

Diz ela respeito às situações em que deva ter lugar a busca e apreensão, ou somente a apreensão, de bem móvel; ou seja, quando este tenha sido obtido por meios criminosos, constitua o próprio corpo de delito, ou, ainda, tenha sido utilizado no cometimento delituoso (v. Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., II/392-393; Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, cit., v. I, pp. 234-235; *Rev. Trim. de Jurispr.*, 123/278).

Não se tratando, contudo, de nenhuma dessas situações, cabe o seqüestro, especialmente dos bens adquiridos com

os proventos da infração penal (cf., ainda, E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 74; Romeu Pires de Campos Barros, “*Processo penal cautelar*”, cit., p. 424; *RT* 605/305).

Como explicita este, a razão “é óbvia, uma vez que o agente do crime pode com os proventos da infração, ao invés de adquirir imóveis, cuja transferência a terceiros é mais difícil, poderá adquirir coisas móveis, cujo desvio e sonegação torna-se mais fácil. Isso não impede que o seqüestro recaia tanto em bens móveis como nos bens imóveis do réu ou indiciado, desde que existam ambas as classes de bens comprados com o produto do crime, e que dessa forma de aquisição os indícios sejam veementes”.

c) Exegese dos arts. 134 e 136 do CPP

A outra espécie de seqüestro é a estatuída no art. 136 do CPP, que guarda estrita relação com o disposto no art. 134.

Expressa este que: “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria”.

E o art. 136, por sua vez, soa: “O seqüestro do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

Denominado “seqüestro prévio” por alguns autores (v., e.g., Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., II/404-406; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., 3.º/42), o último dos indicados, e outros, afirmam que se trata de distinta espécie de medida cautelar, com a conotação de arresto, certamente fincada no símile do processo civil (v., tb. Hélio Tornaghi, *Comentários ao*

Código de Processo Penal, cit., t. 2.º I/ t. 2.º, 377-379; e *Curso de processo penal*, cit., p. 237; E. Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 78; Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, cit., pp. 428-429).

Há que se ter presente, todavia, que os institutos moldados no âmbito do processo civil nem sempre (e, na realidade, em inúmeras situações) se adequam aos talhados da legislação processual penal, em que assumem contornos próprios.

Assim, além de serem excogitáveis as hipóteses previstas no Código de Processo Civil, e referidas neste mesmo número, letra *a*, supra, para a determinação de um “arresto” penal, verifica-se que a estatuída no transcrito art. 136 é, por assim dizer, uma “pré-cautela relativa à hipoteca legal”, cuja finalidade “é restrita a evitar o perigo que poderá advir com a não inscrição” desta (cf., paradoxalmente que seja, Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, cit., p. 429).

Ora, como a hipoteca legal reclama declaradamente, a especialização de bem ou bens imóveis do indiciado ou acusado (a referência apenas ao primeiro contradiz o enunciado do próprio art. 134), é evidente que essa “pré-cautela” deve cingir-se aos suficientes para garantir a responsabilidade do agente da infração penal, e, portanto, necessariamente determinados.

Daí porque, afastadas, na *persecutio criminis*, as exigências da liquidez e da literalidade ínsitas ao processo civil — e segundo difundido ensinamento de Lopes da Costa, *Medidas preventivas*, cit., p. 74, — o “legislador do processo penal, mais inteligente e num terreno em que, naquele processo, mais desenvolvimento tiveram as medidas preventivas, manda fazer a hipoteca legal em bens do acusado, em garantia da indenização devida à vítima, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza

da infração e indícios suficientes da autoria. Como não esteja fixada por sentença a importância do dano, faz-se por arbitramento a avaliação da responsabilidade”.

Outro não é o motivo, à evidência, pelo qual o artigo 135 impõe ao interessado na efetivação da hipoteca legal fazer constar do requerimento de especialização a estimativa do “valor da responsabilidade civil”, assim como a designação e a valoração “do imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados”; vale dizer, a especificação dos bens a serem hipotecados.

Por via de consequência, inconcebível resta, com o devido respeito dos doutos que se ocuparam do tema, a afirmação de que a medida prevista no artigo 136 consiste em arresto, dirigido, indiscriminadamente, a todo e qualquer bem integrante do patrimônio do indiciado ou acusado: tanto quanto no pedido de especialização (hipoteca legal), se quiser precedê-lo do de seqüestro penal, o ofendido deverá indicar, expressamente, o bem ou os bens sobre os quais ele deverá recair.

Até por isso é que Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., II/404, veementiza, *verbis*: “Convém, porém, atender a que esse seqüestro prévio, ao contrário do outro, incide, não sobre objetos adquiridos com o produto ou os proventos da infração penal, mas sobre imóvel estranho completamente ao delito, pelo que deve ser examinada, pelo juiz, com todo o rigor, a necessidade da sua decretação, verificada a ocorrência dos requisitos legais, sem os quais será uma arbitrariedade e uma violência a medida”.

d) Aplicação subsidiária do art. 137

Acrescente-se, para finalizar esta parte, a possibilidade alvitrada no art. 137, de serem “seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora”, se o indiciado ou

acusado não possuir bens imóveis, ou se estes forem de valor insuficiente para garantir a reparação do dano causado pelo crime.

Preceituação legal uniformemente interpretada pela doutrina especializada, presta-se, outrossim, para reforçar o entendimento expendido, posto que, se é possível o seqüestro de bens móveis, subsidiariamente ao de imóveis, somente a verificação prévia da existência destes, e sua consequente especificação e valoração, poderão determinar a necessidade da constrição relativa àqueles.

Em suma, sem se saber o que seqüestrar, é impossível especializar; é para a especialização ínsita a hipoteca legal, a precedência da constrição judicial há de inafastavelmente, objetivar bem ou bens determinados, preambularmente indicados pelo interessado.

3. Conclusão

3.1 Considerações finais

Tendo em vista tudo quanto foi expendido, devo concluir reafirmando que o seqüestro penal se encontra regulado, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, no Código de Processo Penal (certo que o preconizado na Lei 8.429, de 2.6.92, deverá conformar-se com as disposições do CPC, a teor do § 1.º do art. 16).

Igualmente, que a ele se referem, tanto os arts. 125 e 132, como os arts. 136 e 137 da aludida Codificação processual penal.

Do mesmo modo que, não obstante demonstrada a distinção entre as duas modalidades estatuídas, em qualquer delas o seqüestro penal somente poderá recair sobre bem ou bens, imóveis ou móveis, indicados e individuados pelo interessado.

Devo aduzir, ainda, que, tanto o seqüestro penal, como a hipoteca legal, para serem concedidos, imprescindem

da “certeza da infração e de indícios suficientes da autoria”, sem o que, por certo, também não poderá haver “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (aqueles “sinais, vestígios, ocorrências que elevem o grau de suspeita ao máximo, quase avizinhandose da certeza”. (cf. Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, cit., pp. 418 e 426; e, no mesmo sentido, Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., t. 2.º I/348-351 e *Curso de processo penal*, cit., I/216-217; Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., II/376-377; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Do seqüestro no processo penal brasileiro*, cit., pp. 30 e 47; RT 610/443, 594/333; *Julgados do TACrimSP*, 83/428): “É insuficiente a simples presunção de que os bens do acusado sejam produto de crime a ele atribuído para a decretação do seqüestro, uma vez que o CPP, em seu art. 126, é claro ao exigir indícios veementes a respeito da relação entre o crime e a aquisição dos bens seqüestrados”.

E, por derradeiro, que, como toda medida cautelar — reclamando, para sua concessão, a concorrência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, — é o seqüestro penal, necessariamente também, caracterizado por suas instrumentalidade e provisoriedade (cf. arts. 131, I e III, e 141 do CPP; Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, cit., 3.º/27-28; RTJ 78/148; RT 606/347, 604/363, 552/340); até porque sua finalidade é a de propiciar a concretização dos efeitos de sentença penal condenatória, previstos no art. 91, I e II, b, do CP (com a redação da Lei 7.209, de 11.7.84).

3.2 Respostas aos quesitos formulados

Tecidas essas conclusivas considerações, passo a responder aos quesitos

formulados pelos ilustres Consulentes, convicto de que:

a) O pleito de seqüestro penal, em nosso ordenamento jurídico, somente pode ser lastreado nos dispositivos analisados, do Código de Processo Penal, cuja vigência tornou ineficazes as correlatas preceituações do Dec-lei 3.240, de 8.5.41;

b) Assim sendo, impõe-se ao interessado na efetivação do ato construtivo a indicação e a individuação do bem ou bens que deverão ser seqüestrados, assim como a demonstração apriorística, em qualquer caso, da certeza existencial da infração penal e de indícios suficientes da autoria, e, nos previstos nos arts. 127 e 132, da veemência de dados indicadores de constituírem tais bens produto direto ou indireto do cometimento delituoso;

c) Essa demonstração incumbe também, e obviamente, ao Ministério Público (o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, no interesse da União Federal), ao promovê-lo em persecução penal na qual haja "interesse da Fazenda Pública", a teor dos arts. 127 e 142 do CPP;

d) O interesse em referência, de resto, tanto pode dizer respeito à garantia "do cumprimento da pena pecuniária e custas do processo" (cf. RT 601/340), como da reparação do dano causado pelo crime, quando a União, o Estado, o Município, ou pessoa jurídica de direito público a qualquer deles equiparada, for a vítima da infração penal;

e) Embora, em tese, a União Federal possa como tal figurar, numa *persecutio*

criminis, com relação aos crimes previstos nos arts. 299, 317, 343 e 344 do CP (e, reflexivamente, no do art. 288), sem comprovação prévia de ter sido prejudicada em razão da prática de qualquer desses ilícitos penais, faltará, indubitavelmente, à pretensão de seqüestro de bens do indiciado ou acusado, um de seus requisitos, qual seja o *fumus boni iuris*.

Esse o meu parecer, s. m. j. fins de parecer, formular-lhe a consulta que se segue:

Nosso constituinte foi indiciado no Inq. 705-6/DF do Supremo Tribunal Federal como incurso nos arts. 288, 299 c/c 29, 317, 343 e 344 do CP.

Nesse mesmo inquérito a autoridade policial, com fundamento no Dec.-lei 3.240/41, representou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República para que este requeresse o seqüestro de seus bens.

Diante desses fatos, indagamos do e. Professor:

1. O mencionado Dec.-lei 3.240/41 está em vigor?

2. É ele aplicável aos crimes dos arts. 288, 299, 317, 343 e 344 do CP?

3. Outros comentários que V. Sa. julgar pertinentes".

Assim objetivas e específicas as questões postas pelos doutos Consulentes, despiciendas tornam-se, à evidência, mais alentadas considerações preambulares; por isso que passo a examiná-las, com as indispensáveis ponderação e efetividade, para, em seqüente conclusão, responder aos quesitos transcritos.

O CASO SACCO E VANZETTI

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná;
Membro da Academia Paranaense de Letras.

O depoimento pessoal do carrasco*

"Sacco caminhou a 'última milha' vagarosamente mas com firmeza. Não estava acompanhado de nenhum sacerdote pois desde o princípio recusara a assistência espiritual do capelão da cadeia. Quando entrou no aposento, notei que estava intensamente pálido; era evidente que se achava sôbre¹ uma terrível tensão mental. Avançou até a cadeira sem auxílio de ninguém. Enquanto os guardas o amarravam e aplicavam os elétrodos, ele bradou na sua língua nativa: 'Viva a anarquia'.

"Tudo estava pronto, faltando apenas colocar a máscara sôbre a sua face. Mas não era possível encontrar a máscara! Os guardas e eu a procurámos freneticamente; gôtas de suor frio escorriam da minha testa. Entretanto Sacco continuava a falar.

'Adeus minha mulher, meu filho e meus amigos', gritou êle em um inglês atrapalhado. Tinha dois filhos, um rapaz e uma moça, mas o seu pouco conhecimento da nossa língua juntamente com a tortura moral que estava sofrendo, decerto² foram responsáveis pelo emprêgo do singular em vez do plural 'filhos'.

* (Narrativa de Robert G. Elliott, o verdugo de seis Estados dos EUA, em seu livro *387!! Matei-os por ordem*, escrito em parceria com o jornalista A.R. Beatty. Trad. de Alfredo Ferreira, do original *Agent of death*, Casa Editora Vecchi Ltda., Rio de Janeiro, 1941, pp. 185-186).

1. Acentuação e grafia segundo o texto original.

2. Idem, ibidem.

"Em seguida o condenado dirigiu-se a todos os que estavam na sala. 'Boa noite, senhores', disse êle. Suas últimas palavras foram: 'Adeus mamãe'.

"Enquanto Sacco dizia isso, um guarda entrou no aposento trazendo a máscara. Tinha ficado presa nas roupas de Madeiros e fôra levada para fora ao transportarem o corpo para a sala de autópsia. Se não fôsse Sacco ficar falando, o incidente teria sido notado; no entanto, o único repórter presente não notou o que acontecera e nada foi mencionado a seu respeito nos jornais. Tenho muitas vezes dado graças a Deus pelo fato do pequeno Italiano se ter mostrado tão falador enquanto esperava a morte sentado na cadeira.

"Vanzetti foi o mais acomodado dos três que morreram naquela noite. Êle também dispensou a assistência de um sacerdote. Quando os guardas o foram buscar, apertou-lhes as mãos e acertou o seu passo pelo dêles até a porta da câmara de execuções.

"Quero agradecer-lhes tudo o que fez por mim, senhor diretor", disse êle ao diretor Hendry, apertando-lhe fortemente a mão. O diretor ficou profundamente comovido e não respondeu.

"As palavras seguintes de Vanzetti foram dirigidas às testemunhas. 'Quero dizer-lhes que estou inocente e que nunca cometi nenhum crime, só às vezes algum pequeno pecado. Agradeço-lhe tudo o que fizeram por mim. Estou inocente de todo o crime, não só dêste, como de qualquer outro. Sou um homem inocente'.

“Antes que eu ligasse a chave falou ainda uma vez: ‘Perdão a certas pessoas o mal que me fazem neste momento’.

“Assim caiu o pano sôbre o último ato de uma tragédia que abalou o mundo inteiro.

“Uma grande multidão estacionava ainda do lado de fora da prisão quando eu saí em um táxi. Sômente algumas pessoas me reconheceram e um homem gritou ‘Lá vai êle!’ Mas não houve qualquer tentativa para deter-me ou para seguir-me. No meu quarto de hotel conversei um pouco com um amigo meu. Êle avisou-me que ficasse em guarda até deixar Boston.

‘Os espíritos estão muito exaltados esta noite’, disse êle. ‘Vi alguns lá fora que são capazes de tudo no estado de ânimo em que se encontram. Acho que você devia pedir a proteção da polícia.’

‘Nada disso!, repliquei; e mudamos de assunto’. Embora as demonstrações continuassem durante horas em seguida, ninguém me molestou. Voltei para casa no dia seguinte”.

COMENTÁRIOS

1. O caso criminal

Nicola Sacco, empregado de uma fábrica de calçados e Bartolomeu Vanzetti, peixeiro, foram pronunciados em 14.7.21, sob a acusação de latrocínio pela subtração do dinheiro da folha de pagamento da fábrica de calçados *Slater & Merrill Shoe Company*, no valor de US\$ 15.770,00. No assalto foram mortos o pagador Frederick Parmenter e o guarda Alexander Barardelli. O fato ocorreu em 15.4.20, em South Braintree, no Estado de Massachusetts. Segundo as testemunhas, os criminosos fugiram do local sem ser identificados. Os réus foram presos em 5.5.20, por meras presunções e conjecturas. Durante sete anos viveram a provação de um injusto e obsediante processo que se arrastou

pelos tribunais. Vários recursos foram manifestados produzindo um *case* até então sem precedentes na justiça americana.

2. O condenado inocente acusa a justiça

No dia 9.4.27, presente o Procurador do Distrito do Condado de Norfol, reuniu-se a Corte Suprema de Dedham, presidida pelo Juiz Webster Thayer, para comunicar a Nicola Sacco e Bartolomeu Vanzetti as suas respectivas sentenças de morte. Antes da leitura oficial dos atos, foi dada oportunidade para que os condenados prestassem suas declarações. Sacco falou muito pouco em face de seu limitado conhecimento da língua inglesa. Vanzetti, porém, pronunciou vibrante discurso e não vacilou em acusar os seus condenadores.

No livro *Sacco e Vanzetti: o protesto brasileiro*,³ o historiador Clóvis Moura publica, na íntegra, o importante documento dos autos que registra o contundente depoimento pessoal e uma corajosa denúncia contra a farsa do processo. Diante da pergunta sobre se teria alguma coisa a dizer para que não fosse proferida a sentença de morte, o bravo anarquista respondeu: “Será possível que alguns membros do júri, somente dois ou três homens que condenariam a própria mãe, se isto conviesse aos interesses egoístas de seu mundo, tenham direito de condenar aquilo que o mundo, todo o mundo, considera uma injustiça? Se há alguém que pode saber se esta condenação é justa ou injusta, somos Nicola Sacco e eu. E você nos vê, juiz Thayer: há sete anos estamos encarcerados. O que nós dois sofremos nestes sete anos, nenhuma língua humana pôde contar; no entanto, você está vendo: não tremo diante de você; você vê: olho-o

3. Da coleção *Brasil/Memória*, v. I, ed. Brasil Debates, São Paulo, 1979.

diretamente nos olhos, não fico ruborizado, não mudo de cor, não me envergonho, não sinto medo. Dizia Eugênio Debs que nem um cachorro — alguma coisa que pode ser comparada a nós —, nem um cachorro que mata galinhas podia ser julgado culpado por um júri estadunidense com as provas que foram apresentadas contra nós. E eu acrescento que nem a um cachorro leproso teria sido negada duas vezes a apelação à Suprema Corte de Massachusetts. Nem a um cão leproso”.⁴

Em outra passagem e ainda referindo-se diretamente ao magistrado Thayer — que presidia a sessão — Vanzetti acusou: “Você sabia que éramos radicais, cães leproso. Sabemos que você se revelou hostil a nós diante de seus amigos, ante o seu séquito no Clube da Universidade de Boston, no Clube de Golfe de Worcester, em Massachusetts. Estou certo de que, se todos os que sabem tudo o que você disse contra nós tivessem a coragem civil de vir testemunhar, talvez o Meritíssimo — e isto me desgosta afirmá-lo porque você é um ancião e meu pai é um velho como você —, talvez o Meritíssimo tivesse que sentar-se conosco e assim se faria plena justiça”.⁵

Em poder dos réus não foi encontrada nenhuma importância em dinheiro capaz de ligá-los ao crime. A fragilidade da prova indiciária, montada em torno da autoria, se tornou evidentíssima. A este propósito, Vanzetti foi mais uma vez incisivo, declarando: “Lembro-me bem de que, durante o processo, Katzmann afirmou diante dos jurados que um tal Coacci levou para a Itália o dinheiro que, de acordo com a teoria da acusação pública, Sacco e eu havíamos roubado em Braintree. Nunca roubamos tal dinheiro. Katzmann sabia que não era certa aquela afirmação, quando a fez

perante o júri. Sabemos agora que aquele homem foi deportado para a Itália, depois da nossa prisão, pela polícia federal. Lembro-me bem que o agente da polícia federal que o acompanhava recolheu as malas de Coacci no momento da extradição, examinou-as detidamente, sem encontrar uma moeda sequer. Digo agora que é assassinato sustentar diante de um júri que um amigo seu, ou um companheiro, ou um parente, ou um conhecido do acusado suspeito, levou o dinheiro para a Itália, quando se sabe que tal coisa não aconteceu. Só posso definir este gesto como assassinato, um assassinato a sangue frio”.⁶

O epílogo daquelas *razões finais* demonstrou a verticalidade da condição moral e espiritual do condenado: “Já disse que não apenas não sou culpado desses crimes, como não cometi crime algum em toda a minha vida: jamais roubei, matei ou derramei uma gota de sangue; lutei contra o crime, lutei até com o meu próprio sacrifício para eliminar os crimes que a lei e a Igreja admitem e santificam. Isto é o que queria dizer. Não desejaria para um cão, nem para uma serpente, nem para a criatura mais miserável e infeliz da terra, o que eu tenho de sofrer por crimes dos quais sou inocente. Porém, minha convicção é outra: sofri por culpas que tenho efetivamente. Sofri por ser radical; e de fato sou um radical; sofri por ser italiano, e, de fato, sou italiano; sofri mais por minha família e pelas pessoas que me são queridas do que por mim mesmo; porém, estou tão convencido de que estou com a razão e que se você tivesse o poder de matar-me duas vezes e eu pudesse nascer duas vezes, voltaria a viver para fazer de novo exatamente o que fiz até agora. Terminei. Muito obrigado”.⁷

4. Ob. cit. p. 73

5. Em Clóvis Moura, ob. cit., p. 73.

6. Clóvis Moura, ob. cit. p. 76.

7. Fonte e loc. cit., p. 79.

3. Os protestos contra a intolerância oficial

Em 3.8.27, o Governador Alvan F. Fuller assinou em palácio a sentença que impunha aos réus já condenados pelo Júri, a pena de morte a ser executada na cadeira elétrica. Designou-se o ritual para a noite de 10 de agosto. Tal data foi remarcada para 22 daquele mês, em face da concessão, pelo Governador, de uma dilação de prazo a fim de que a Suprema Corte apreciasse mais um dos recursos interpostos pela defesa.

O *homicídio legal* foi consumado na madrugada de 23 de agosto, na *casa da morte* da prisão de Charlestown, apesar dos protestos internos e internacionais. Sacco foi executado aos doze minutos da madrugada e seu companheiro, aos vinte e cinco minutos.

Deplorando o preconceito ideológico e a violência do processo, juristas, filósofos, escritores e líderes sindicais se manifestaram antes, durante e depois da execução, Romain Rolland, André Gide, Albert Einstein, Anatole France e George Bernard Shaw foram algumas das muitas vozes que bradaram contra o terrível erro judiciário que somente iria encontrar um paralelo semelhante de ressonância com a saga do casal Ethel e Julius Rosenberg, condenados em 1951 por suposta espionagem em favor da URSS e mortos na cadeira elétrica em 1953, na penitenciária de Sing-Sing. Até mesmo o ditador fascista Benito Mussolini, pressionado pela opinião pública, mandou telegrama intercedendo pelos seus concidadãos.

O processo montado contra os militantes anarquistas foi considerado pela opinião pública internacional como *réplica* das injustiças cometidas contra Dreyfus e Calas.

Em sua edição de 24.8.27, o jornal carioca *A Manhã* publicava editorial com o título "Apocalipse", no qual se continham, entre outras as seguintes manifes-

tações de repúdio: "O assassinio brutal da madrugada de ontem, consumado em nome dos ódios de uma justiça de classe, abalou a consciência do mundo. Nem por se ter retardado por sete anos o espantoso sacrificio dos dois hereges do dogma capitalista, o desfecho teve menor repercussão, arrancou menos lágrimas e clamores menos eloquentes. O grito de dor e de cólera, em que as multidões proletárias ululam, neste momento, sobre toda a face da terra, condenando a infâmia bestial, no bramar dos comícios oceânicos de cada cidade, define um estado de alma universal. A civilização que, durante os anos de martírio dos dois trabalhadores, clamara incessantemente aos ouvidos surdos dos juizes da grande democracia — da grande mentira democrática — o seu horror ante aquele atentado monstruoso, não se conforma à evidência do fato consumado. O crime dos juizes norte-americanos avulta como um desses acontecimentos de pequena significação aparente, mas que têm assinalado uma era nova, no curso da História". (...) ⁸

4. A conspiração das circunstâncias

Em seu depoimento pessoal já aludido (*supra*, n. 2), Vanzetti declarou: "Fomos processados durante um período que já passou à História. Refiro-me a um tempo dominado pela histeria, o ressentimento e o ódio contra o povo de que descendemos, contra os estrangeiros, contra os radicais e creio — ou melhor, tenho certeza — de que tanto você como Mr. Katzmänn⁹ fizeram tudo o que estava a seu alcance para excitar as paixões dos jurados, os preconceitos dos jurados, contra nós".¹⁰

8. Em Clóvis Moura, ob. cit. p. 58.

9. Refere-se ao Promotor que os acusou perante o Júri.

10. Em Clóvis Moura, op. cit. pp. 74-75.

Realmente, o processo floresceu em meio às ruínas da I Grande Guerra (1914-1918) e ao temor inspirado pela revolução russa (1917). O primeiro fenômeno estimulou a imigração italiana para os Estados Unidos enquanto o segundo irradiava um sentimento de insegurança entre as elites políticas e sociais que demarcavam as linhas essenciais em torno das convicções e dos preconceitos dos cidadãos americanos. Some-se a esses fatores a depressão econômica, o desemprego e vários crimes contra o patrimônio cometidos na região, de maneira a levantar uma onda da revolta de empresários e comerciantes. Para enfrentar aquela típica criminalidade de *gangsters* e jamais de anarquistas, a polícia ofereceu a extraordinária recompensa de US\$ 250.000,00 pelas informações que conduzissem à captura dos assaltantes.

A *conspiração das circunstâncias* envolveu mais intensamente os anarquistas italianos quando foi encontrada uma pistola *Colt* em poder de Nicola Sacco. A prova de balística foi negativa o que não impediu a manipulação policial em substituir o caso da arma a fim de se adequar com os projéteis desferidos pelos latrocidias.

Uma das muitas personalidades que interferiram em favor dos acusados foi Morris R. Cohen, professor de Filosofia em Nova York. Disse ele que o processo Sacco e Vanzetti assusta numa simples probabilidade que o anula, pois a lógica judiciária, que regula a *prova indireta*, estava em manifesta contradição com a justiça de Massachusetts. E aponta como evidentes e irrecusáveis os seguintes contra-indícios: *a)* o crime era caracteristicamente profissional, enquanto Sacco e Vanzetti tinham uma vida pregressa que não se acomodava àquele perfil de delinqüente; *b)* era improvável que, cometendo o roubo à luz do dia, continuassem eles em suas ocupações habituais a poucas léguas do local do delito;

c) nenhum objeto relativo ao crime foi encontrado com eles; *d)* não se admitia que assaltantes tão perigosos distribuíssem boletins para um *meeting* político em que um deles seria o orador principal; *e)* o testemunho que os identificou era pueril e com ele seria possível acusar até mesmo ... o arcebispo de Canterbury; *f)* a perícia nada esclareceu quanto ao projétil que se atribuía como disparado pelo revólver de propriedade de Nicola Sacco; e *g)* não se admitia que dois homens fossem assassinados pelo Estado como autores de um crime confessado por outra pessoa.

As testemunhas mencionaram que os assaltantes fugiram num automóvel. Em face das características do crime, a polícia ligou-o a outro, em circunstâncias semelhantes, ocorrido na cidade de Brigdewater, não muito distante. Como havia referências de que o responsável por aquele outro roubo era presumivelmente um italiano e como em ambos houve o uso de um veículo, a polícia concluiu que os delinqüentes seriam italianos que possuíam automóvel. E, assim, prendeu um operário italiano chamado Boda, militante do movimento anarquista que tinha um carro. O seu automóvel fora cedido a Sacco e Vanzetti para que avisassem os demais companheiros que se protegessem contra possíveis prisões arbitrárias em face do ocorrido com o militante André Salcedo, jogado do 14.º andar do Edifício Park Roro Bidg, em Nova York. A polícia procurou forjar a ocorrência de um suicídio. A detenção de Sacco e Vanzetti ocorreu poucos dias após.

A morte não accidental de Salcedo iria inspirar — cinquenta anos mais tarde — a peça de teatro escrito por Dario Fó, abordando o homicídio político de que foi vítima Giuseppe Pinelli, membro de um círculo anarquista milanês e suspeito pela polícia de ser cúmplice dos atentados à bomba praticados no ano de 1969 em Milão, especialmente em 12 de dezembro, no Banco da Agricultura da

Piazza Fontana. Os crimes custaram a vida de 12 pessoas e ferimentos graves em outras 80. Ao mesmo tempo, reproduziram-se os atentados com explosivos em mais cinco cidades italianas. Pinelli foi *suicidado* pelos agentes de autoridade que alegaram ter “testemunhado” a sua queda do 4.º andar do departamento policial de Milão.¹¹

5. A confissão que inocentava os acusados

A tragédia de Sacco e Vanzetti assumiu proporções fantásticas a partir do momento em que a polícia e o judiciário americanos tomaram conhecimento da confissão de um dos verdadeiros assaltantes. Tratava-se do português Celestino Madeiros, autor de outros roubos. Madeiros era um delinqüente habitual que desde os 14 anos ingressara no mundo do crime, freqüentava casas de jogo e vivia com prostitutas. Ao saber da condenação dos anarquistas, Madeiros resolveu escrever ao jornal *Boston American*, confessando, com detalhes, a reconstituição do delito. Em face da desconsideração da primeira declaração, uma outra foi prestada e também em caráter público. Como estivesse em liberdade naquele tempo — embora já condenado à morte —, mandou a confissão através de um servente a Nicola Sacco. A justiça americana, porém, não deu a menor importância ao fato que iria revolucionar o injusto processo.

Quis o destino — ou o calendário oficial de terror — que Celestino Madeiros, também condenado à pena capital, fosse eletrocutado no mesmo dia e

no mesmo local reservado para o ritual macabro em que os italianos seriam sacrificados.

Os últimos momentos de sua vida foram narrados justamente por aquele a quem a lei confiara a dolorosa tarefa de eliminá-la. Disse o carrasco R. G. Elliott: “A 22 de Agosto apresentei-me na prisão pelo meio da tarde, e procedi da mesma maneira que no dia 10. Novamente a excitação atingira o auge; à proporção que os ponteiros dos relógios se aproximavam da meia-noite, os nervos de muitos ficavam tensos. A marcha da morte começou três minutos depois da décima segunda badalada. Pouca gente se lembra de que Celestino F. Madeiros, um jovem português que assassinará o caixa de um banco e conseguira sete prorrogações, precedeu Sacco e Vanzetti na cadeira naquela noite. Não se levantara qualquer grito política sobre¹² o seu caso; não se organizara qualquer comissão para sua defeza;¹³ ninguém assinara petições a seu favor; ficara praticamente sem amigos durante todo o tempo que estivera prêso. Com um guarda de cada lado, Madeiros entrou na câmara da morte em uma espécie de semi-estupor, causado, segundo me disseram, por excesso de comida. Olhando fixamente para a frente, caminhou de-pressa até a cadeira e sentou-se. Não pronunciou uma única palavra. Á meia-noite e nove minutos foi declarado morto e seu corpo foi removido. Então foram buscar Sacco, cuja cela era junto da de Madeiros”.¹⁴

6. A repercussão da execução no Brasil

Entre os jornais brasileiros que fizeram a cobertura do processo, lutaram pela libertação dos inocentes e deploraram o martírio da execução, destacou-

11. Segundo a farsa de Dario Fô, o homicídio culminou as sessões de interrogatórios torturantes por três dias. No Brasil, “A morte accidental de um anarquista” estreou no Teatro Brasileiro de Comédia, em São Paulo, no dia 24.8.82. Foi seu diretor Antonio Abujanra e à frente do elenco esteve o ator Antonio Fagundes.

12. V. nota n. 1.

13. Idem, ibidem.

14. 387!! *Metei-os por ordem*, cit. pp. 184-185.

se *A Manhã*, editado no Rio de Janeiro. Era dirigida por Mário Rodrigues, pai do teatrólogo Nelson Rodrigues, tendo como diretor-substituto Osório Borba, redator-chefe Milton Rodrigues e secretário Danton Jobim. A manchete, de primeira página, de 23.8.27, dizia: "Aos primeiros minutos da madrugada de hoje, Nicolau Sacco e Bartholomeu Vanzetti deixaram de existir!". E noticiava, em subtítulos, que o primeiro foi executado às 12,12 e o segundo às 12,25, e a deflagração de uma greve de mais de cinquenta mil trabalhadores em São Paulo.

Outros periódicos reportaram-se não apenas à liturgia da eletrocussão como também aos lances mais importantes do processo e transmitiram as manifestações de pessoas e entidades, principalmente as ligadas aos trabalhadores. Além de *A Manhã*, do Rio de Janeiro, também *A Tribuna*, de Santos e outros órgãos de comunicação de menor porte como *A Plebe*, o jornal anarquista que circulava em São Paulo, dedicaram várias pautas para informar o que sucedera e para externar o seu repúdio contra aquele duplo homicídio cometido a *sangue frio*.

Greves e outras manifestações de intelectuais e operários se sucederam numa grande jornada humanista, como as promovidas pela Federação Operária de São Paulo e o Ateneu Libertário de Cultura Popular.

Os movimentos em favor da liberdade e da vida de Sacco e Vanzetti assumiram proporções ampliadas em nosso país, diante do primeiro diploma que tratou a criminalidade política em lei especial. Tratava-se do Decreto 4.269, de 17.1.21, destinado, justamente, a regular a repressão ao anarquismo. A reação legal certamente indispunha setores trabalhistas e intelectuais contra o governo e o regime político brasileiro. Daí a invocação do martírio dos anarquistas italianos como referência obrigatória e constante.

7. Sobre os anarquistas

Sacco e Vanzetti nunca esconderam a sua inclinação de esquerda e a militância em favor do anarquismo. Tais atributos se converteram em poderosos *indícios* que alimentaram a presunção de autoria do grave crime cometido contra interesses patrimoniais definidos, em clima de neurose coletivamente provocada. Sob outro aspecto, aqueles eram os anos da crise econômica e financeira aberta muito antes da derrocada americana com o craque da Bolsa de Nova York (1929). Tais fenômenos estimularam o preconceito contra estrangeiros, máxime quando eles eram apontados — e certamente indexados — como militantes contrários ao regime capitalista selvagem.

O anarquismo é uma concepção em torno da sociedade e da vida política, caracterizada pela abolição do Estado como fundamento da felicidade humana. A idéia de que o homem é bom por natureza mas passa a ser corrompido pelas instituições é a *pedra-de-toque* do pensamento e da ação anarquistas. O seu mais importante líder intelectual foi Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), autor da expressão "anarquia" e de quem partiria esta eloqüente definição da idéia central do movimento: "Quem quer que seja que ponha as mãos sobre mim, para me governar, é um usurpador, um tirano. Eu o declaro meu inimigo".¹⁵

Em seu saboroso *O livro dos insultos*: H. L. Mencken define: "Todo governo, em essência, é uma conspiração contra o homem superior: seu objetivo permanente é o de oprimi-lo e manietá-lo. Se sua organização é aristocrática, tenta proteger aquele que só é superior porque a lei diz que é, contra o homem que lhe

15. Em George Woodcock, *Os grandes escritos anarquistas*, trad. do original inglês, *The Anarchist Reader's* (1977), ed. L & PM, Porto Alegre, 1981, p. 5.

é superior de fato; se for democrático, tenta proteger o homem que é inferior em todos os sentidos contra ambos. Uma das funções primárias de qualquer governo é o de organizar os homens pela força, torná-los mais parecidos entre si e dependentes uns dos outros tanto quanto possível, além de detectar e combater qualquer vestígio de originalidade entre eles. Para o governo, qualquer idéia original é um perigo potencial, uma invasão de suas prerrogativas, e o homem mais perigoso é aquele capaz de pensar por si próprio, sem ligar para os tabus e as superstições em voga".¹⁶

8. A carreira funcional do carrasco

Como *contra-ponto* de humor à tragédia do erro judiciário e às violências processuais contra os seres humanos quando o Estado se utiliza do *direito penal do terror*, é oportuna a leitura da crítica demolidora com a qual Evandro Lins e Silva rejeita a malsinada proposta de emenda constitucional visando instituir a pena de morte em tempo de paz. Principalmente na parte em que, com a fina ironia dos espíritos lúcidos, fala sobre o provimento no infamante cargo de carrasco. São suas estas palavras: "Prelibando o êxito retumbante da aprovação da emenda, os seus partidários já pensaram ou já elaboraram o necessário projeto de lei criando a carreira de carrasco, com os detalhes da composição de um departamento apropriado aos trabalhos de semelhante repartição. Será cargo federal, estadual ou municipal? O ingresso na carreira será por concurso, ou por nomeação, como preferem os políticos fisiológicos? Qual a forma de execução? Se o objetivo da pena é a exemplaridade do castigo, com o seu

caráter intimidativo, quanto mais aterrorizante o meio empregado, melhor, e, ainda, com um ritual macabro e com a presença de público".¹⁷

Não deixa de ter inteira procedência a visão crítica em torno de um ofício maldito exercido desde a mais remota antigüidade pelos *homicidas com alvará*. A manutenção em muitos países contemporâneos dessa ilegítima atividade nos devolve a pergunta de Margarida, no *Fausto*, reencarnando a antevisão do suplício e a dúvida nunca respondida: "*Quem te deu, ó carrasco, esse poder sobre mim?*".

9. A condenação da morte como pena

O carrasco Robert G. Elliott (1874-1939), falecido de *morte natural*, não atendeu o ardente desejo de seus pais que queriam vê-lo pastor metodista. Considerado por uma reunião de fotógrafos da imprensa como o homem mais difícil de ser fotografado em toda a América, o verdugo conta na introdução de seu exótico livro: "Talvez o fato de eu ter sempre procurado fugir à notoriedade seja uma das razões pelas quais ela me perseguiu tanto. Infelizmente muita coisa se disse e se escreveu a meu respeito, que não é verdade. Fui, intencionalmente ou não, descrito como uma espécie de monstro. Até fotografias minhas foram retocadas de maneira que eu ficasse me parecendo mais ou menos como o lobisomem Mr. Hyde. Depois de ler muitas destas descrições falseadas da minha pessoa e do meu trabalho, posso facilmente compreender a impressão popular de

17. Da conferência "Pena de morte", em *A morte não vale a pena*, Ciclo de Conferências Sobral Pinto Sobre a Pena de Morte no Brasil, promoção da Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania do Paraná, 20.8.91, Curitiba. Publicação da *Imprensa Oficial*, p. 11.

16. Seleção, trad. e prefácio de Ruy Castro, ed. Companhia das Letras, SP, 1988, p. 104.

que as pessoas desviam de mim e se escondem quando me vêem na rua; de que eu levo uma vida fora do comum, de que minha família e eu vivemos isolados e sem amigos”.

E esclarece o motivo de dar à estampa o registro de episódios de seu macabro ofício: “Se não fosse por causa dessas falsidades e porque tenho netos que um dia poderão ouvir contar essas ridículas histórias, nunca teria consentido em publicar a narrativa de minha vida e experiências”.¹⁸

E o livro, uma espécie de *diário do carrasco*, encerra com esta condenação à pena de morte, lavrada e assinada pelo próprio autor: “A-pesar-de¹⁹ se fizerem tantas execuções todos os anos, o assassinio e outras ofensas puníveis com a morte continuam em uma escala alarmante. Naturalmente, nunca poderemos saber quantas pessoas foram desviadas da senda do crime por causa do medo à pena capital; mas quando repasso minhas notas sobre todos aqueles que executei, e vejo o pouco que influiu, sobre eles a ameaça da morte, não posso acreditar que o número delas seja muito elevado.

“Se eu acreditasse que a punição capital é um freio eficiente e que a sociedade em geral está mais garantida e mais tranquila por causa da sua aplicação, sentir-me-ia então inclinado a reconhecer uma certa justificativa na pena de morte, apesar-de²⁰ minhas outras objeções. Mas da maneira que penso, espero que não venha longe o dia em que a morte legal, por eletrocução, enforcamento, gaz asfixiante, ou qualquer outro método, seja definitivamente revogada em todo o território dos Estados Unidos”.²¹

18. Ob. cit. p. 13.

19. V. nota n. 1.

20. V. nota n. 1.

21. Ob. cit. pp. 325-326.

10. A tentativa de reabertura do processo

No ano de 1959 e após um rosário de sacrifícios, a viúva de Nicola Sacco obteve a promessa de reabertura dos processos números 5.545 e 5.546 da justiça de Massachusetts, que vitimizaram o seu marido e Bartolomeu Vanzetti. Seria a oportunidade de recuperação parcial da imagem estadunidense comprometida mundialmente com as denúncias e os protestos pelo gravíssimo erro judiciário. Mas, a esperança de Rosa Sacco foi frustrada pela insensibilidade das esferas de poder político e judicial. Uma nova tentativa iria ocorrer em 1973, através de Sabino Sacco, irmão de Nicola, então com noventa anos de idade. Ele incumbiu um advogado para iniciar o pedido, formulado com base em vários testemunhos. O primeiro deles foi do Juiz Angelo Michele Musumano, da Corte Suprema da Pensilvânia e que sempre proclamara a inocência dos infelizes réus. O segundo foi de um conhecido protagonista do submundo do crime, Vicente Teresa, o qual afirmara em livro o erro judiciário, louvando-se na confissão que ouvira de um dos verdadeiros assaltantes. Conforme aquela versão, o criminoso chamava-se Frank Morelli.²²

Também dessa vez a esperança de revisão se desvaneceu. Porém, os braços contra a injustiça recrudesceram com a aproximação do cinquentenário da morte de Sacco e Vanzetti. De várias partes do mundo se registraram manifestações clamando pela revisão da iníqua sentença de condenação. Em julho de 1977, o governador Michael Dukakis assinou um decreto removendo o “estigma de infâmia” que cobria a vida dos anarquistas italianos e a memória de seus nomes.

Mas não houve a ansiada reabertura do caso.

22. Em Clóvis Moura, ob. cit. p. 27.

11. "Do uso de por a cabeça a prêmio"

A incompetência e a ma-fé do sistema de investigação ao tempo do fato, levou as autoridades americanas a oferecer uma recompensa de US\$ 250.000,00 pelas informações que possibilitassem a descoberta dos autores do latrocínio.

Essa forma de aliciar as múltiplas expressões de *polícia paralela* e de devassar a vida dos cidadãos, tem sido combatida ao longo da história do Direito Penal. As instâncias de controle da criminalidade e da violência perdem seu respeito institucional e partilham o poder funcional sempre que oferecem uma compensação argumentária para que o cidadão delate o autor desconhecido ou aponte o esconde-rijo do responsável já identificado.

A propósito do tema, vale, mais uma vez e sempre, a releitura da lição que os séculos não apagaram. Em seu clássico *Dei delitti e delle pene* (1764), Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, nos diz: "Será vantajosa para a sociedade pôr a prêmio a cabeça de um criminoso, armar cada cidadão de um punhal e fazer assim outros tantos carascos? Ou o criminoso saiu do país, ou ainda está nele. No primeiro caso, excitam-se os cidadãos a cometer um assassinio, a atingir talvez um inocente a merecer suplicios. Faz-se uma injúria à nação estrangeira, espezinha-se a autoridade, autoriza-se que se façam semelhantes usurpações entre os próprios domínios. Se o criminoso ainda está no país cujas leis violou, o governo que põe sua cabeça a prêmio revela fraqueza. Quando a gente tem força para defender-se não compra o socorro de outrem. Além disso, o uso de pôr a prêmio a cabeça de um cidadão anula todas as idéias de moral e de virtude, tão fracas e tão abaladas no espírito humano" (§ XXII).

12. A perspectiva de nosso sistema jurídico

Declara o art. 386, IV do CPP que o juiz absolverá o réu desde que reco-

nheça não existir prova de ter concorrido para a infração penal. Além dessa regra geral, que vale tanto para a participação como para a autoria, o sistema é provido de uma *cláusula salvatória* contendo a salutar disposição de que também será absolvido o imputado quando "não existir prova suficiente para a condenação" (art. 386, VI). Trata-se da consagração legal do antigo princípio *in dubio pro reo* que é classificado junto de outros referentes aos domínios da prova como o *princípio da investigação* ou da *verdade material* e o *princípio da livre apreciação da prova*. Em face de tal orientação, o estado de dúvida do julgador poderá ocorrer em relação a qualquer das causas de exclusão do crime ou de isenção de pena e não somente no campo da autoria ou participação. Prevalece em tais situações a regra de que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (CPP art. 156, primeira parte). Impõe-se, portanto, à acusação demonstrar a existência de fato típico, ilícito e culpável. A dúvida quanto à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado. Sempre que se caracterizar uma situação de *prova dúbia*, aplica-se o princípio.

Conforme Jorge de Figueiredo Dias²³ o *princípio da presunção de inocência*²⁴ tem um significado muito importante no que concerne à prova e que apela para o princípio *in dubio pro reo*. Com

23. "La protection des droits de l'homme dans la procedure penale", Relatório do grupo nacional português da Associação Internacional de Direito Penal, apresentado ao Colóquio de Viena (29/31.3.1978), preparatório ao XII Congresso Internacional de Direito Penal, publicado em *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1978, n. 3, 3.º trim., p. 260 e s.

24. Constituição italiana (1947, art. 27, segunda parte); Constituição portuguesa (1976, art. 32, n. 2); Constituição espanhola (1978, art. 24, n. 2) e Constituição brasileira, (art. 5.º, LVII)

efeito, segundo o princípio da investigação a cargo do tribunal, *todos* os fatos relevantes para a decisão (quer respeitem ao ato criminoso, quer à pena), que levantam uma *dúvida razoável* não podem ser tidos como provados. “Uma vez que este *princípio de investigação* oficiosa encarrega o tribunal de reunir, ele mesmo, todas as provas indispensáveis à decisão, daqui se segue que a falta destas não pode prejudicar o argüido: um *non liquet* em matéria de prova deve sempre ser previsto em favor do argüido”.²⁵

A jurisprudência brasileira tem, em inúmeras oportunidades, aplicado o generoso princípio que se opõe ao *juízo temerário* das presunções. Com muita sabedoria e prudência, o Código Criminal do Império (16.12.1830) já proclamava: “Nenhuma presunção, por mais vehementemente que seja, dará motivo para imposição de pena” (art. 36). Os comentadores da época justificavam a colocação da regra no Código Penal — antes de constar como um *guia* do processo penal — com um argumento simples: para evitar as “*ligeirizas do espírito humano*”.

São vários os paradigmas relevantes para demonstrar o zelo com que os juízes e tribunais examinam o drama do acusado. Refiro-me a alguns deles como o aresto relatado pelo Desembargador Silva Leme, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 18.5.87, e contendo a seguinte ementa oficial: “No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 619/267).

25. Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit. p. 267.

Também já foi dito, com muita propriedade, que “se a prova produzida não rompe o estado de equilíbrio que inscreve a idéia de presunção de inocência, acode o princípio do *in dubio pro reo*” (Tribunal de Alçada do Paraná, acórdão de 20.2.86, rel. Juiz Luiz Viel, em RT 623/355).

Os maus antecedentes do acusado não autorizam a sentença condenatória, como foi acentuado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento proferido pela 5.ª Câmara Criminal, em 5.11.86. O relator, Des. Cid Vieira, foi incisivo: “Se há falta de prova do cometimento de um crime, não poderá o réu ser condenado só porque tem péssimos antecedentes. Para a condenação não basta a probabilidade: impõe-se a certeza” (RT 616/280).

Também é pacífica a jurisprudência no sentido de que a prova colhida na fase policial, mas não confirmada em juízo, é ineficaz para autorizar a condenação. Em tal sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em aresto relatado pelo Min. Pedro Chaves, em *Revista de Direito Penal*, jul./set. de 1971, p. 100. Também o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu: “O inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se colhe só adquire valor jurídico através de sua jurisdicionalização, que só acontece no sumário”. (Em 9.4.75, Rel. Juiz Gentil Leite, RT 479/358).

Finalmente, a delação, por si só, não pode fundamentar a decisão condenatória. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso proclamou que a delação, quando for a única fonte de prova, “merece cuidadoso exame, pois além das realidades que a informam, é ato do qual não podem participar nem interferir os nele acusados. Se fosse irreparável a força condenatória da delação isolada, o imputado ficaria à mercê do co-réu, sem defesa e contraditório”. (Acórdão de 5.6.74, Rel. Des. Raul Bezerra, RT 480/359).

Resumindo: são *três* as vertentes dos formidáveis erros judiciários do passado, do presente e, infelizmente, do futuro: a) o desprezo ao mandamento filosófico, religioso, social e jurídico que se contém no princípio *in dubio pro reo*; b) a condenação com base exclusiva na prova policial; c) a condenação fundada na delação.

A falta de um levantamento minucioso do caso Sacco e Vanzetti, à luz de todos os dados do processo, não permite identificar qual ou quais dessas vertentes desaguaram no oceano das incertezas e dos preconceitos que transformaram os condenados nas grandes vítimas do justicamento ideológico.

Mas a formação de uma consciência internacional sobre o martírio dos réus e a absoluta insuficiência de prova da autoria ou participação exigiam um outro papel da justiça americana. Em lugar da execrável condenação, o papel que os jurados precisavam entregar ao juiz para a clássica leitura pública através do meirinho, deveria conter o único veredicto, sensato e decente: *not guilty*.

13. O direito de morrer a própria morte

No momento em que um projeto de lei irritantemente inconstitucional trafeja no Congresso Nacional de nosso país, visando implantar a pena de morte em tempo de paz, é necessário o resgate de fatos históricos que constituíram formidáveis erros judiciários e que atentaram contra elementares princípios do devido processo legal. Essa investigação e suas reflexões crescem de significado nas megalópoles neurotizadas pela insegurança e insufladas por algumas zonas da mídia eletrônica e da imprensa sensacionalista que fomentam o *discurso político do crime* caracterizado pela exploração delituosa dos fenômenos da violência e da criminalidade visando o usufruto do poder.

É necessária, em tais circunstâncias de comoção, a lembrança dos trechos

finais do discurso com o qual o médico e poeta Miguel Torga saudou os penalistas de várias partes do mundo que se reuniram em Portugal para a comemoração do centenário da abolição da pena capital naquele país irmão (1967). Disse ele que comparecia nessa dupla condição: "o poeta representará, como puder, o ardor indignado e fraterno de quantos, de Villon a Victor Hugo, de Gil Vicente a Guerra Junqueiro, protestaram contra o iníquo pesadelo, e contribuíram para a sua extinção ou repulsa na consciência universal; o médico simbolizará, com igual modéstia, a interminável falange daqueles que foram sempre, e são ainda, em todas as sociedades, os inimigos jurados e activos de qualquer forma de aniquilamento humano".

Os trechos finais do discurso de Miguel Torga valem como texto filosófico e literário de profunda repercussão no espírito de todos quantos ainda se mostram partidários do *homicídio legal*. Vale a pena transcrevê-los com o devido destaque:

"Nesta maldita hora de campos de concentração, de câmaras de gás, de bombas atômicas, de guerras sinistras, de massacres expeditivos, apelo ao respeito devido à nossa já dramática condição de mortais. A tragédia do homem — cadáver adiado como lhe chamou Fernando Pessoa —, não necessita dum remate extemporâneo no palco. É tensa bastante para dispensar um fim artificial, gizado por magarefes, megalômanos, potentados, racismos e ortodoxias. Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão, o direito de morrer a sua própria morte".²⁶

26. Em *Pena de morte*, publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colóquio Internacional Comemorativo da Abolição da Pena de Morte em Portugal, 11-16 de setembro de 1967, 1/1 e 5.