

ciências criminais

POST. ESPECIAL. PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 1 - n. 3 - julho-setembro - 1993

3



ciências
criminais

Revista Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

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 1, número 3. JUL.-SET.

Diretor: Alberto Silva Franco

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

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

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; Benenice Maria Gianella, Carlos Mário Veloso Filho, David Teixeira de Azevedo, Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., Edson Torihara, Eliana Passarelli, Helena Rosa Rodrigues Costa, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Reynaldo de Almeida, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luciana Ferreira Leite Pinto, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Carlos Betanho, Luiz Fernando de Barros Vidal, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Marcio Orlando Bartoli, Marcos Alexander, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Messias José Lourenço, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek Marques, Pedro Ricardo Gagliardi, Ranulfo Melo Freire, Roberto Barioni, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Cesar Rebello Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Sylvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto, Tatiana Viggiani Bicudo.

Colaboradores permanentes

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

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

Entidade Colaboradora: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678

Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802

CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diagramação: CHC INFORMÁTICA S/C Ltda., Rua Tabatinguera, 140, 2.º andar, salas 206/207, CEP 01020-901 - São Paulo, SP — **Impressão/Acabamento:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280, Tel. (011) 912-7822, CEP 070220-20 - Guarulhos, SP.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

No momento em que o terceiro volume da “Revista Brasileira de Ciências Criminais” é entregue ao público, o Brasil encontra-se mergulhado num tumultuado e perturbador clima político, jurídico, econômico, social e ético. A crise política manifesta-se, em especial, na carência de lideranças, no esvaziamento dos quadros partidários e no esgotamento dos modelos políticos; a problemática jurídica concentra-se, de modo particular, nas questões afetas à revisão constitucional e, sobretudo, na discussão de sua necessidade ou de sua oportunidade; a condição econômica agrava-se, sobremaneira, evidenciando-se, a cada dia que passa, as dificuldades para o controle dos gastos públicos e do processo inflacionário; a deterioração social revela-se, de maneira flagrante, no crescimento do desemprego, das desigualdades detectáveis nos diversos extratos da sociedade e, principalmente, da miséria coletiva; a situação ética dimensiona-se em razão da freqüência, em nível público e particular, de atos de corrupção que permanecem impunes.

Num quadro dessa ordem, há uma tendência generalizada e, bem por isso extremamente preocupante, de alargamento da área de intervenção do Direito Penal, considerado como uma verdadeira tábua de salvação, por alguns doutrinadores e não poucos grupos políticos. Para fazer face às tensões e equacionar os conflitos surgidos no presente período de crise, são propostas invariavelmente soluções de caráter penal, como se o instrumento repressor estivesse dotado de uma eficácia plena, absoluta. É preciso — dizem — um Direito Penal atuante e, mais do que isso, contundente. A um Direito Penal de mínima ingerência, postula-se um Direito Penal de interferência máxima. Seria o Direito Penal o instrumento estatal capaz de substituir outras estratégias de solução de problemas sociais cada vez mais complexos e mais graves? Ou por não se adequar a essa nova missão e por revelar-se, em razão disso, deficitário em seu funcionamento, o Direito Penal não correria o risco de sofrer um sério processo de desgaste a dano de seu papel de garantidor da liberdade da pessoa humana diante do poder repressivo estatal?

É no quadro dessa polariedade que põe, de novo, em discussão, os objetivos e os limites do Direito Penal e que convida a todos a uma reflexão ponderada a respeito de seu papel dentro do organograma estatal, que surge, como contribuição valiosa do “Instituto Brasileiro de Ciências Criminais”, o novo número de sua publicação oficial. No volume agora publicado, além das

contribuições de notáveis doutrinadores estrangeiros como Carlos Maria Romeo Casabona, José Maria Tijerino, José Mouraz Lopes e Roberto Bergalli, são estampados artigos de doutrina nacional subscritos por Ailton Stropa Garcia, Alberto Silva Franco, Antonio Carlos Barandier, Antonio Scarance Fernandes, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr., Luiz Flávio Borges D'Urso, Marcelo Fortes Barbosa, Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Pedro Armando Egydio de Carvalho. As seções de "Pareceres", "Antigüidades de Direito Criminal", "Crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores", "Jurisprudência — Comentada, Recente e Ementário", "Legislação e Noticiário" apresentam, também, subsídios de inestimável valor.

Com a preocupação sempre presente de produzir um trabalho de alto nível científico e crítico, e não perdendo de vista a idéia nuclear de que uma publicação dessa ordem deve ser necessariamente pluralista, a "Revista Brasileira de Ciências Criminais" coloca-se mais uma vez à disposição de seu público leitor.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

Responsabilidade médico-sanitária e AIDS (segunda parte) — CARLOS MARIA ROMEO CASABONA	7
Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais — ROBERTO BERGALLI	31
Notas sobre a nova legislação portuguesa sobre drogas — JOSÉ MOURAZ LOPES	39
Polícia e democracia — JOSÉ MARIA TIGERINO PACHECO	45

DOCTRINA NACIONAL

A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil — AILTON STROPA GARCIA	49
A reforma da parte especial do Código Penal: propostas preliminares — ALBERTO SILVA FRANCO	68
Confissão: Supremo objetivo da investigação — ANTONIO CARLOS BARANDIER	79
Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado — ANTONIO SCARANCE FERNANDES	83
Reflexões em torno do projeto de política criminal e penitenciária da OAB/SP — Apreciação crítica e propostas — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR	100
Medidas de segurança no direito comparado — LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO	113
A conexão penal — MARCELO FORTES BARBOSA	119
O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público — MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES	128
Reescrever o art. 5.º da Constituição da República — PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO	151

PARECERES

Injúria — RENÉ ARIEL DOTTI	163
----------------------------------	-----

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Direito Penal Grego em "Antígona" — SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI	171
---	-----

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES — RUI STOCO

Ementário de Jurisprudência

1.00 — Art. 1.º, inc. I, do DL 201/67 — Apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas	176
--	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Efeitos suspensivos dos recursos constitucionais — LUÍS FERNANDO C. DE BARROS VIDAL	180
O critério da razoabilidade — MÁRCIO BÁRTOLI	184
Prescrição e sentença absolutória — ADAUTO SUANNES	188
Fixação da pena mínima nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, praticados mediante violência ficta, em razão da idade da vítima — SÍLVIA HELENA FURTADO MARTINS	192

JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

“Habeas corpus” (Quarta parte) — ALBERTO SILVA FRANCO	198
---	-----

JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Legitimidade da formulação do pedido revisional pelo próprio interessado — STF — RE 116.849 — S. Plenária — j. 23.6.90 — rel. Min. Sepúlveda Pertence	227
Multa — Correção monetária — STJ — 6. ^a T. — j. 23.6.91 — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	241
A habitualidade criminosa é incompatível com o crime continuado — STJ — 6. ^a T. — j. 26.10.92 — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	244
A prisão preventiva como medida de extrema necessidade — TJSP — HC 128.425-3/4 — 3. ^a C. — j. 3.8.92 — rel. Des. Silva Leme	247
Aditamento ampliativo para abranger autores identificados no curso da ação penal — TASP — RSE 685.601/9 — 12. ^a C. — j. 1. ^o .6.92 — rel. Juiz Abreu Machado	250

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON E ROBERTO DELMANTO JUNIOR	253
--	------------

LEGISLAÇÃO	269
-------------------------	------------

PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Esboço para a reforma do júri — RENÉ ARIEL DOTTI	272
Crimes tributários — MIGUEL REALE JÚNIOR	299

NOTICIÁRIO

A influência do pensamento humanista de Eugênio Raúl Zaffaroni na Ciência Penal da América Latina — JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR	303
--	-----

DOCTRINA INTERNACIONAL

RESPONSABILIDADE MÉDICO-SANITÁRIA E AIDS (SEGUNDA PARTE)

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Direito Penal da Universidade de La Laguna

III - PREVENÇÃO MÉDICO-SANITÁRIA DA TRANSMISSÃO DA AIDS. 1. Medidas preventivas gerais — 2. Medidas especiais. 2.1 Utilização de substâncias orgânicas humanas — 2.1.1 Transfusões de sangue — 2.1.2 Extração e transplante de órgãos — 2.1.3 Doação de sêmen — 2.1.4 Aspectos comuns — 2.1.5 Responsabilidade penal — 2.2 Prevenção da transmissão à descendência — 2.2.1 Esterilização — 2.2.2 Aborto — 2.3 Paciente ou doador com indícios de estar contagiado — 2.3.1 Realização obrigatória dos testes para detecção de anticorpos do vírus relacionado com a Aids? — 2.3.2 Responsabilidade pela emissão de um diagnóstico equivocado — 2.3.3 Dever de informar sobre os resultados das provas — 2.4 Entrega de seringas e outros materiais de assepsia e prevenção — 2.5 Responsabilidade do paciente ou doador portadores de anticorpos — 2.5.1 O delito de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas — 2.5.2 Delitos de lesões corporais — 2.5.3 Delito de homicídio — 2.5.4 Configuração do dolo e relevância do risco permitido e do consentimento da vítima — IV - DEVER DE CONFIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO PACIENTE E AO DOADOR. 1. Proteção da intimidade do paciente e do doador — 2. Exceções ao dever de confiança.

III — Prevenção médico-sanitária da transmissão da Aids

Na atualidade os cientistas e expertos em epidemiologia e saúde pública são da opinião de que o melhor procedimento para combater a Aids é reduzir sua propagação, propondo para isso medidas preventivas de diversos tipos. Neste sentido, em nosso país, tem se tomado decisões e medidas por parte do Ministério de Sanidade e Consumo, a Comissão Nacional de Coordenação e Seguimento de Programas sobre a Aids, as Comunidades Autônomas e outras instituições públicas e privadas; estas últimas (p.ex., os Comitês Cidadãos anti-Aids)²⁵ tem demonstrado sua capacidade impulsora e de sensibilização à sociedade e às instituições. Nós vamos ocupar-nos daquelas que afetam de forma direta aos

profissionais da sanidade e de outras que devem adotar eles mesmos de acordo com a *lex artis*.

1. Medidas preventivas gerais

Em geral devem tomar-se todas as precauções adequadas de assepsia, higiene e prevenção já previstas para os tratamentos de doenças contagiosas com riscos de transmissão tanto para o pessoal sanitário e para-sanitário²⁶ como para os demais pacientes que estejam sendo objeto de tratamento de outras enfermidades não contagiosas. Dado as características da Aids e as vias de transmissão hoje conhecidas, estas medidas devem extremar-se (ou limitar-se) naquelas práticas que podem estar em contato com fluídos orgânicos do paciente afectado: cirurgia, partos, estomatologia e ortodon-

tia, laboratórios, extrações de sangue etc. Com tal objetivo já se tem ditado algumas disposições pelas Comunidades Autônomas. Por outro lado, as autoridades sanitárias (ou o diretor do centro, se é privado), têm a obrigação de fornecer todos os meios necessários para garantir que os profissionais sanitários realizem seu trabalho em condições de segurança frente aos possíveis riscos de contaminação, e estes o direito de exigi-lo, de forma que possam reclamar as indenizações em caso de chegar a ocorrer e que se lhes reconheça como acidente de trabalho. Também lhes assiste o direito de conhecer a condição do paciente portador de anticorpos ao qual, de um modo ou de outro, têm de prestar seus serviços na medida em que comportem um risco imediato, com o objetivo de que possam tomar as medidas indicadas. Deste direito decorre a obrigação de pôr em conhecimento de quem participe no tratamento os resultados do diagnóstico positivo relativo ao paciente, sem prejuízo do dever de confidência que lhes corresponde a todos por igual, qualquer que seja sua categoria profissional; e também a obrigação do paciente de comunicar sua condição de portador de anticorpos, da que é conhecedor com anterioridade ao início da assistência médica, se aquela é desconhecida para o profissional e carrega riscos na realização do tratamento, à vista da natureza do mesmo (p.ex., uma intervenção cirúrgica ou o curativo de uma ferida em urgências), posto que dita omissão unida a sua posição de garante (originada por ser fonte de perigo para a saúde do médico) e o resultado do contágio, poderia dar lugar também a responsabilidade penal em alguma das modalidades que analisaremos mais à frente.

Uma aplicação dirigente das medidas preventivas que correspondam deveria eliminar qualquer possibilidade de contágio a si mesmo ou a outro paciente ou a um colega profissional, o que permite

pensar em descartar ou reduzir ao máximo as hipóteses acidentais ou fortuitos de transmissão, que se ocorrerem, não seriam puníveis (arts. 1.1 e 6, *b* CP). Por conseguinte, o mais freqüente será que o contágio se tenha produzido por uma inadequada, insuficiente ou carência absoluta de adoção das medidas preventivas que estejam indicadas em cada caso. Tais comportamentos e resultados nos movem no âmbito da imprudência. Sem embargo, para sua melhor qualificação jurídico-penal devemos distinguir as hipóteses nas quais o contagiado tem manifestada tão somente a soropositividade daqueles nos que a doença (ou o complexo de enfermidades relacionadas com a Aids) já se há manifestado.

A aparição da soropositividade no paciente ou num colega contagiado nos plantea a primeira interrogante no sentido de se poderá entender-se já como equivalente à produção de uma lesão corporal, posto que aquela não supõe ainda a doença em si mesma nem manifestações externas patológicas, nem sequer se pode prever no momento atual se a pessoa soropositivada evoluirá ou não à doença. Todavia, entendo que a mera soropositividade já constitui uma lesão corporal,²⁷ posto que é evidente o prejuízo para a saúde (física e psíquica) do afectado (art. 420.1 CP) por tempo indefinido, ademais de requerer um controle médico prolongado e também indefinido de sua evolução para prevenir a possibilidade de contrair a doença, impõe restrições em sua forma de vida — posto que ele por sua vez se há convertido em agente transmissor de anticorpos ou da doença, mesmo que ele próprio não chegue a padecê-la —, como a limitação para manter relações sexuais e para ter descendência, somado ao previsível forte impacto psicológico (depressão e ansiedade) que haverá de acompanhar seu conhecimento ante a incerteza e temor de desenvolver ou não a doença da Aids; portanto pode qualificar-se a aquisição da

soropositividade já como uma doença crônica.²⁸ Por conseguinte, concorre o tipo objetivo das lesões corporais do art. 420.1 ou 2, segundo o caso.²⁹ Em virtude do comportamento imprudente realizado existirá um delito de imprudência temerária (art. 565.1 CP; p.ex., se não adotou o médico nenhum tipo de medida preventiva tendo tratado outros pacientes contagiados) ou uma falta de imprudência simples (art. 586), pois ao ser delito o fato objetivo (lesões corporais, art. 420 CP) seria punível; não o seria se o fato, de ter sido cometido dolosamente houvesse constituído uma falta de lesões corporais (art. 582 CP), mas como tenho manifestado acima, não seria correta tal qualificação pois a falta dolosa requer tão somente uma primeira assistência facultativa; por sua vez poderá ser imprudência simples com ou sem infração de regulamentos (p.ex., segundo se tenham infringido ou não as disposições existentes a respeito, ou do próprio hospital ou centro, ou das autoridades sanitárias), o que é relevante para determinar a pena aplicável do art. 586. Para que exista uma infração penal culposa é preciso que se tenha incorrido na inobservância dos deveres objetivos de cuidado (de forma grave ou leve, o que permitirá qualificar a imprudência como temerária ou simples), que tenha ocorrido um resultado de lesão para a saúde ou vida do paciente, que aquela inobservância seja a causa do resultado, e que este se tenha produzido precisamente como consequência daquela, da conduta do autor, ademais de que a norma lesionada vise a evitar o resultado efetivamente produzido. Tenha-se em conta que para a valoração do fato não é preciso esperar a prova de que o contagiado desenvolve ou não a doença, senão que basta com a determinação da gravidade da conduta imprudente e da soropositividade (se bem que o resultado tem interesse para estabelecer as limitações da pena que prevê o art. 565.4 CP em caso de imprudência temerária, pois

a pena do delito culposos não pode ser nunca igual ou superior à do delito doloso correspondente). A qualificação da imprudência como temerária ou simples tem sua importância, ademais da diferença da pena estabelecida para o fato segundo se trate de delito ou falta, posto que se a pena é de prisão menor (prevista para a imprudência temerária), se deverá aplicar, junto àquela, as penas acessórias correspondentes, que comportam, entre outras, e se assim o determina de forma expressa o juiz em sua sentença, a suspensão da profissão ou ofício durante o tempo da condenação (arts. 42.2 e 47 CP), ainda que a pena de privativa de liberdade não chegue a cumprir-se por aplicação da suspensão condicional da pena por parte do juiz.

Se o paciente há desenvolvido a doença, a qualificação jurídico-penal por imprudência se regerá pelos mesmos critérios. Um problema particular se plantearia se o aidético falecesse em consequência da doença antes do fim do processo, pois ainda que se possa qualificar como homicídio por imprudência (temerária ou simples), é preciso determinar até que momento deve ter-se em conta a evolução da doença: até a vista oral, a retificação das qualificações ou a qualificação final. Sobre o critério aplicável nesta particular, voltarei depois.

A transmissão da doença pode ser direta do profissional quando este a padece ou é portador de anticorpos (contraídos, p.ex., por ocasião do próprio exercício da profissão). Se conhece sua situação isto não significa que o profissional que apresente tais sintomas deve abster-se da prática profissional que vinha exercendo com anterioridade, nem sequer das especialidades com maior risco de exposição ao vírus (portanto, e neste caso, não só de contagiar-se ou contagiar terceiros por meio do instrumental etc., senão de transmitir ele sua própria enfermidade), pois sendo muito concretas as vias de transmis-

são bastará com extremar as medidas de prevenção e assepsia estabelecidas (diferentemente do que poderia ocorrer se a transmissão fosse possível por outras vias menos controláveis, p.ex., aérea).³⁰ Portanto, se o contágio ocorrer seria por não ter adotado medidas oportunas, em cujo caso facilmente haveria imprudência temerária; inclusive em relação àquelas atividades médicas de maior risco quando não se houver tomado medida alguma haveria que plantear a séria possibilidade de dolo eventual — que modificaria a qualificação do delito para um doloso de lesões corporais ou de homicídio —, ou a menos de culpa consciente. Não conhecendo o profissional sua própria infecção, somente quando não aplicasse as medidas gerais de prevenção estabelecidas para intervenções de risco poderia discutir-se sua responsabilidade por imprudência e o grau desta.

Quanto à responsabilidade civil vinculada aos delitos referidos, parece acertado condicionar a quantia da indenização à evolução da doença, de modo que deveria prever-se pelo tribunal um aumento de referida indenização se o portador passasse a desenvolver as patologias relacionadas à Aids após o processo penal.³¹

2. Medidas especiais

Sendo conhecidas e limitadas as vias de transmissão da Aids e sendo que uma delas é a utilização de substâncias orgânicas humanas, as autoridades sanitárias tem ditado diversas disposições relativas às mesmas que pretendem descartar a presença do vírus antes de sua introdução no corpo dos pacientes que as necessitem. Por outro lado, ao poder-se transmitir também à descendência cabe a possibilidade de tomar medidas para evitá-la.

2.1 Utilização de substâncias orgânicas humanas

As medidas de prevenção na utilização de substâncias ou componentes orgânicos dizem respeito ao sangue, aos órgãos e tecidos para transplante e ao sêmen para as técnicas de reprodução assistida. Embora as medidas em relação com este último componente estejam também dirigidas a evitar que a descendência nascida com sêmen de doador possa vir a padecer a doença, pelas suas características técnicas e implicações jurídicas mais próximas com as outras substâncias ou elementos humanos, as abordaremos conjuntamente com estas.

2.1.1 Transfusões de sangue

Como é sabido, se trata de uma questão particularmente vinculada aos serviços de Hematologia. A responsabilidade do Hematólogo e, em geral, do Serviço de Hematologia, se centra em proporcionar componentes do sangue compatíveis com o grupo sanguíneo do receptor e que não estejam deteriorados ou contaminados. Neste sentido, os riscos de contágio do vírus vinculado à Aids não representam, do ponto de vista jurídico, particularidade destacável em relação aos problemas que apresentam outras enfermidades contagiosas. O resto (a transfusão em si mesma) recai sobre o médico e o pessoal sanitário responsáveis pelo tratamento do paciente ou de vigiar especificamente o bom curso da transfusão.³²

A normativa vigente sobre hemodoadção contém previsões gerais com o fim de evitar a colheita de sangue que possa transmitir aos receptores enfermidades contagiosas (hepatites, sífilis) padecidas pelo doador.³³ Face à gravidade da Aids e ao fato de que as transfusões de sangue foram uma das vias significativas de sua transmissão (em particular os hemofílicos, que precisam de periódicas recepções do fator VIII, assim como os submetidos a intervenções cirúrgicas

maiores), se comprovou que as medidas preventivas de caráter geral previstas na normativa citada sobre hemodoadção eram insuficientes para descartar as doações de sangue contaminado pelo vírus vinculado à Aids e que o sangue importado tampouco oferecia garantias suficientes a esse respeito. Por este motivo se ditaram algumas disposições específicas através do Ministério de Sanidade e Consumo que impunham a obrigatoriedade da detecção de anticorpos do vírus associado à síndrome da imuno-deficiência adquirida pelas indústrias fracionadoras do plasma e os fabricantes e importadores de hemoderivados.³⁴ Um pouco mais tarde se impôs a obrigação de realizar de forma sistemática provas de detecção de marcadores de HIV — entre elas ao menos a prova de detecção dos anticorpos anti-HIV — em todas as unidades de sangue ou plasma recém-extraídos, mediante determinadas técnicas.³⁵

Por sua vez, algumas Comunidades Autônomas, no uso de suas atribuições em matéria de sanidade, ditaram disposições em seu âmbito territorial respectivo impondo a obrigatoriedade da realização de provas de detecção de anticorpos do vírus associado à Aids nos Bancos de Sangue,³⁶ algumas destas disposições eram anteriores à OM de semelhante finalidade emitida pelo Ministério de Sanidade e Consumo.

Todas as disposições assinalam o dever de cuidado que deve observar-se na prática de extrações e transfusões de hemoderivados. De qualquer forma, é interessante averiguar o que ocorreria se num regulamento atualmente vigente (p.ex., algumas das disposições do Ministério de Sanidade e Consumo ou das Comunidades Autônomas citadas) se estabelecessem determinadas provas obrigatórias para descartar a presença do vírus da Aids que tenham sido superadas pelo nível científico adquirido ao respeito: o dever de cuidado imporia nesta

situação a obrigação de não ater-se ao regulamento, embora para evitar o risco de incorrer numa infração administrativa, pareceria aconselhável realizar as provas regulamentares ademais das reconhecidas pela especialidade como mais eficazes e confiáveis. Tudo isso sem prejuízo da obrigação e responsabilidade que recai sobre as administrações sanitárias de atualizar a normativa ditada por elas que contempla fundamentalmente aspectos técnicos suscetíveis de tornar-se defasados por seu aperfeiçoamento graças aos descobrimentos científicos.

Outra questão distinta se apresenta quando o paciente necessita sangue fresco (normalmente na atualidade só em situações excepcionais de urgência), pois nesta eventualidade resulta impossível eliminar por completo o risco de utilizar sangue contaminado pelo vírus requerer um período de incubação de quatro a seis semanas, segundo apontam os especialistas (vale dizer, o doador pode tê-lo contraído recentemente sem que tenham manifestado ainda anticorpos em seu sangue durante esse período de “janela”). Qual será o dever de cuidado nesses casos? Além de realizar as provas habituais para descartar a presença de anticorpos ou outros elementos que ajudem a detectá-lo, o dever de cuidado se dirigirá a uma escrupulosa seleção do doador (mediante explorações, interrogatórios do mesmo etc., segundo estabelece a OM 1985, ponto 5), descartando os que apresentem qualquer sintoma de risco. Se efetivamente não existe outro procedimento de averiguação, um eventual contágio do paciente receptor não daria lugar a responsabilidade penal (nem civil) do profissional, pois em tal caso se cumpriu com os deveres de cuidados exigíveis.

2.1.2 Extração e transplante de órgãos

Medidas preventivas semelhantes se tem adotado em relação à obtenção, extração,

enxerto ou implantação de órgãos e tecidos humanos (incluídos expressamente medula, córnea, ossos, pele, vasos e cabelos) que se realizarão tanto ao doador quanto ao receptor,³⁷ ainda que não se especifique com que finalidade deve realizar-se a este, se como causa de contraindicação do transplante ou para tomar as medidas adequadas pelo pessoal sanitário antes de realizar a operação de transplante. Em qualquer caso, parece uma questão a decidir-se exclusivamente com critérios clínicos pelo médico em cada caso concreto, levando em consideração a situação e prognóstico do receptor de ser submetido à intervenção, contando com seu parecer.

2.1.3 Doação de sêmen

Também são obrigatórias as provas na obtenção e recepção de sêmen,³⁸ tanto para prevenir que a doença seja transmitida ao filho como à mãe. A receptora será igualmente submetida às provas, cuja explicação se encontra em evitar que ela mesma através destas técnicas de reprodução assistida seja transmissora da doença a seu futuro filho, o que supõe a realização de um diagnóstico ante-natal (preconceptivo) obrigatório; ainda que para esta hipótese se estabeleça tão somente a reconsideração da continuação da intervenção médica. Por outro lado, a Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, veio exigir em caráter geral que ditas técnicas se realizarão somente quando não pressuponham um grave risco para a saúde da mãe ou a possível descendência, que aquela haverá de gozar de um bom estado de saúde psicofísica (art. 2.1) e que o doador deverá ser submetido a um protocolo obrigatório, com a afirmação de que não padeça de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas-transmissíveis (art. 5.6).

2.1.4 Aspectos comuns

Em todas as disposições que limitam o uso das mencionadas substâncias e elementos humanos se estabelecem prescrições semelhantes: na detecção e prevenção do vírus, sistemáticas e métodos de realização das provas; os reativos específicos que se utilizem para realizar estas provas terão de contar com licença sanitária em vigor da Direção de Farmácia e Produtos Sanitários; em que não se utilize o produto contaminado e seja destruído, salvo se puder ser utilizado para estudos, análise e investigação; em deixar constância e certificação do processo seguido, inclusive em relação ao receptor das substâncias; e em respeitar a confidência dos afectados. E como assinalava antes os procedimentos e métodos que estipulam essas disposições ou aos que se reportam indicam o dever de cuidado que deve observar-se na prática das atividades mencionadas em relação com ditas substâncias ou produtos orgânicos humanos, sem prejuízo das peculiaridades oportunas que se tem destacado.

2.1.5 Responsabilidade penal

A responsabilidade penal em que se poderia incorrer por uma inadequada realização das provas de detecção mencionadas, ou por sua não realização em absoluto, quando o produto em questão é aplicado depois a um paciente, incumbe geralmente aos centros ou serviços encarregados da obtenção de tais substâncias ou elementos orgânicos ou de realizar referidas provas, porém não, em princípio, aos médicos que as deverão usar com posterioridade em seus pacientes, salvo se têm elementos racionais suficientes para suspeitar da irregularidade cometida por aqueles. Isto se deve a que em matéria de responsabilidade penal rege o "princípio da confiança", segundo o qual cada pessoa que participa numa

relação social determinada pode confiar que os demais participantes se comportarão conforme os deveres e cuidados necessários, sempre que ele por sua vez atue corretamente e as circunstâncias concretas não lhe imponham outro comportamento. Tem grande importância no trabalho conjunto mediante distribuição de funções, como no caso que nos ocupa agora. Isso rege tanto para o próprio Serviço onde o profissional desenvolva seu trabalho como em relação a outros serviços profissionais.

Portanto, a infração aos deveres gerais de cuidado impostos ao facultativo por sua profissão para descartar que os produtos orgânicos (ou outros, ainda que não tenham sido especificados regulamentarmente) estejam contaminados e sejam suscetíveis de transmitir enfermidades contagiosas pode dar lugar a responsabilidade penal por imprudência, se os receptores resultam ademais contagiados e contraem a doença ou ao menos são portadores de anticorpos do vírus relacionado com a Aids; como se indicou anteriormente, dita imprudência poderá ser temerária (p.ex., se não se realizou nenhuma prova das estabelecidas) ou simples, segundo os casos. A infração de uma disposição regulamentar (em sentido amplo: tanto emanada do Ministério de Sanidade ou outras autoridades sanitárias competentes, quanto ao próprio centro sanitário onde o médico presta seus serviços: regulamentos internos), como as mencionadas, constitui uma referência importante sobre a inobservância do dever de cuidado, embora não determine por si só a gravidade da imprudência (temerária ou simples), e portanto, sua qualificação como delito ou falta, se bem que o frequente será o primeiro, face a importante função orientadora que desempenham referidas disposições sobre o comportamento que deve ser seguido. A jurisprudência espanhola tem entendido que nestes casos concorre um delito por imprudência.

“De fato, por imprudência condenou a importante sentença sobre a matéria do TS de 18.11.1991,³⁹ relativa à extração de sangue e sua posterior transfusão sem ter cumprido as prescrições dispostas pela *Generalitat de Catalunya* (O. 10.10.1986) por parte de um hospital desta Comunidade, do que resultaram portadores de anticorpos do vírus vinculado à Aids três pacientes.⁴⁰ O hospital vinha fazendo extrações de sangue sem outro controle para prevenir doações de portadores daquele vírus que a exclusão dos pertencentes aos chamados grupos de risco; a chefe do Serviço de Hematologia e Hemoterapia do Hospital havia comunicado em várias ocasiões ao Diretor Médico do Centro a necessidade de adquirir reativos para realizar no sangue doado as provas de detecção correspondentes, o que não impediu que no fim de junho de 1986 um paciente transfundido fosse portador de anticorpos; com posterioridade a *Generalitat de Catalunya* ditou a O. 10.10.1986 referida, mas apesar disso continuaram as extrações sem realizar as provas obrigatórias até 27.2.1987, data em que o Diretor Médico ordenou interromper as transfusões se antes não se realizassem aquelas; neste período se praticaram 6.226 extrações e 2.284 transfusões, em consequência das quais os pacientes resultaram contagiados (portadores assintomáticos de anticorpos); e isso apesar de que a Chefe do Serviço — que em nenhum momento se absteve de praticar as transfusões necessárias, porém sem realizar as provas — voltou a insistir em seu pedido e levou conhecimento do Diretor Médico a O. da *Generalitat*; este inclusive excluiu da ordem do dia de uma reunião (em 6.11.1986) da Comissão de Administração o estudo deste assunto sem dar qualquer explicação. Enquanto que a sentença de primeira instância da AP de Barcelona (s. 20.11.1989, igualmente muito bem elaborada em seus fundamentos jurídicos) condenou pelos delitos de

imprudência temerária com a agravante de negligência profissional (art. 565.5 do CP, antes da reforma de 1989), o TS cassou e condenou por imprudência temerária o Diretor Médico do Hospital, sem a agravante de negligência profissional, e por imprudência simples a Chefe do Serviço de Hematologia e Hemoterapia do Hospital (critério de atenuação da imprudência correto, posto que observou uma mínima diligência reclamando os reativos de forma reiterada, mas não se absteve de realizar mais transfusões, não solicitou ajuda a outros centros que dispunham dos reativos, nem os adquiriu por sua própria iniciativa num caso tão grave e urgente), insinuando a possibilidade de ter incorrido também num delito de imprudência o Diretor Gerente da Área de Gestão do Instituto Catalão de Saúde, mas não o condenou em virtude do princípio acusatório (não havia sido acusado por este delito nem pelo Ministério Público nem pela acusação particular), conclusões todas elas que estimo acertadas, pois também o gerente pode ter incorrido em grave responsabilidade; certo é que a Chefe do Serviço poderia ter alegado que se encontrava num conflito de deveres, o que talvez teria resultado noutra solução (o dever de não subministrar sangue sem as devidas garantias frente ao dever de atender com a transfusão a pacientes necessitados de sangue de forma insubstituível; sem embargo, o discutível é que não desse cumprimento a este dever com a devida diligência, podendo fazê-lo, sem prejuízo também da valoração de suas dificuldades). Como veremos adiante, frente ao critério da AP, o TS absolveu os três envolvidos dos delitos contra a saúde pública. É também digno de destacar que o TS estimou, contra o parecer da AP, que se havia cometido também uma infração penal de imprudência em relação ao paciente que contagiado antes da entrada em vigor da O. da *Generalitat*

que prescrevia a realização sistemática das provas de detecção de anticorpos no sangue doado; esta posição do TS se há de compartilhar também, pois efetivamente, os deveres de cuidado não se extraem exclusivamente de disposições administrativas, senão da genérica *lex artis*, que indicava já naquelas datas a necessidade de realizar referidas provas,⁴¹ o que se confirma não só pelas petições da Chefe do Serviço (realmente a experta na matéria), senão que também — e sobretudo — pelos abundantes debates e critérios científicos existentes até então coincidentes em sua necessidade (apesar de que nos fatos provados na sentença se indica que os cientistas guardavam dúvidas a esse respeito),⁴² porque já se realizavam noutros centros de Barcelona e, em maior abundância, pelas disposições muito anteriores das outras Comunidades Autônomas (p.ex., País Vasco e Aragón) sobre a obrigatoriedade das provas. Outros casos isolados semelhantes, relativos também a transfusões de sangue, ao serem apresentados à jurisdição civil tem dado lugar a condenações por danos e prejuízos. Mais grave e censurável parece o caso descoberto na França — ainda *sub judice* — de que as autoridades sanitárias se negaram sistematicamente a realizar as provas no sangue com o fim de poupar custos, o que tem provocado a transmissão a milhares de pacientes, especialmente hemofílicos.”

Inclusive ainda que não ocorresse nenhum resultado lesivo para algum paciente, nos termos apontados, a não adoção das provas estabelecidas para detectar a presença de anticorpos do vírus comporta um evidente perigo para a saúde pública, pela potencialidade transmissora de tais substâncias, sobre as que se desconhece se estão livres de anticorpos ou não. Isto tem originado a questão de se tal comportamento caracterizaria já um delito contra a saúde

pública, em concreto, o de por à venda medicamentos de qualquer classe sem cumprir as formalidades legais e regulamentares (art. 343 *bis* CP).

“Esta possibilidade foi ponderada na STS de 18.11.1991, já mencionada. A sentença da AP de Barcelona estimou a concorrência de ambos os delitos (dando-se o tipo de ambos haveria um concurso de normas, a resolver em favor do art. 343, e não um concurso de delitos, como sustentou a AP), enquanto que o TS o afastou pelas razões que exporemos a continuação”.

A questão se planteia especificamente em relação ao sangue. Para isto deve-se elucidar se o sangue pode considerar-se medicamento para efeito dos delitos apontados. Não há dúvida que de acordo com o bem jurídico tutelado por estes delitos e em particular com a vigente Lei do Medicamento de 1990 o sangue humano e seus derivados tem a natureza de medicamento;⁴³ inclusive antes desta Lei poderia chegar-se à mesma conclusão.⁴⁴ No entanto, a questão que põe em dúvida a tipicidade da conduta é o entendimento das expressões “por à venda” e “expende”. O TS considera⁴⁵ que ambas as expressões, de significado equivalente, se referem à colocação à venda ao público do medicamento, que há de ser objeto de negociação mercantil, e que a administração direta de sangue aos pacientes não satisfaz tal condição, enquanto que, ademais, o sangue está fora do comércio, por ter-se proibido expressamente sua venda⁴⁶ ou qualquer forma de comércio (exceto a importação). Se aceitáveis tais conclusões (e parece que ao menos são defensáveis),⁴⁷ resulta insatisfatório que tais comportamentos tão graves não sejam puníveis, sem embargo das sanções administrativas a que derem lugar; ao menos da ótica da presença de outros delitos de perigo abstrato no CP vigente, face a *ratio legislatoris* que os preside de proteção à

saúde pública (e mediamente da saúde individual) frente a condutas potencialmente perigosas para aquela. Sem querer entrar agora na polémica da oportunidade do mantimento desta classe de delitos de perigo abstrato no CP, sua existência justificaria a ampliação no futuro CP dos tipos penais referidos,⁴⁸ mediante a inclusão da expressão “ou subministrasse”, de modo que as condutas analisadas ficassem previstas no tipo respectivo sem nenhuma dúvida interpretativa.

2.2 *Prevenção da transmissão à descendência*

O mantimento de relações heterossexuais quando um dos membros do casal é portador de anticorpos comporta riscos de transmissão para o outro membro, mas também para o futuro filho no caso da mulher engravidar. Consequentemente é possível tomar medidas para evitar o contágio entre os membros do casal, assim como para não ter descendência, ou que a mulher acuda às técnicas de reprodução assistida mediante doador se o portador é só o homem.

2.2.1 *Esterilização*

A esterilização voluntária é permitida pelo CP sempre que se realize por ato facultativo e consinta o interessado, ademais de outros requisitos que garantem a liberdade da decisão, tanto na formação da vontade como em pressões ou estímulos a que pudesse ser submetido (art. 428.2 CP). Mediante esta intervenção se previne ter descendência, da mesma forma que se se recorre a anticoncepcionais medicamentosos ou outros de barreira, mas não é suficiente para evitar a contaminação do companheiro, pelo que é necessário, se se insiste em manter relações sexuais, utilizar preservativos ou outros meios que impeçam o contato direto dos fluídos orgânicos.

2.2.2 Aborto

Se uma mulher portadora fica grávida, não é improvável, segundo os expertos, que transmita a soropositividade a seu filho, e se há comprovado que estes desenvolvem a doença com mais frequência que os adultos, assim como que seu processo é mais rápido. Por tal razão, a mulher poderia acolher-se voluntariamente ao aborto por motivos eugênicos, sempre que se credite a transmissão ao feto ou sua probabilidade imediata mediante os ditames emitidos por grandes especialistas, dentro das vinte e duas primeiras semanas da gravidez (art. 417.1.3.º CP). Ultrapassado esse prazo, ou pela ausência de outros requisitos que dêem lugar a esta indicação (p.ex., que não tenha ficado determinada a contaminação do feto), acredito que poderia acolher-se a mulher à indicação terapêutica do aborto (art. 417.1.1.º), baseada em evitar um grave perigo para a vida ou a saúde física ou psíquica da mulher (p.ex., a imunodepressão somada à gravidez agravada pela própria doença, que poderia supor um encurtamento sensível de suas expectativas de vida; ou a intensa e grave depressão psíquica), dado as características que apresenta na atualidade esta enfermidade ou a mera soropositividade.⁴⁹

2.3 Paciente ou doador com indícios de estar contagiado

2.3.1 Realização obrigatória dos testes para detecção de anticorpos do vírus relacionado com a Aids?

Pode ocorrer que se lhe apresente ao médico um paciente com indícios de padecer a doença da Aids ou de ser portador de anticorpos, suspeita originada por qualquer circunstância (p.ex., ao elaborar a anamnese). A questão é se o médico pode fazer ao referido paciente as provas de detecção de anticorpos.

Indubitavelmente deverá solicitar previamente o consentimento do paciente, e sempre que seja necessário o conhecimento dos resultados da prova a valoração de sua enfermidade ou para a realização correta do tratamento; se concorrer esta circunstância — ou, inclusive, como precaução preventiva para o pessoal sanitário — haveria que notificá-la ao paciente para que a valore e outorgue seu consentimento. Nunca, por conseguinte, poderão realizar-se sem seu conhecimento,⁵⁰ nem muito menos praticar estas provas de forma sistemática com todos os pacientes com o fim de adotar as medidas preventivas oportunas; não sendo estas especialmente custosas devem tomar-se em todos os casos, em função do risco que comporte a intervenção ou o tratamento em si mesmos. Realizando-se mediante engano do paciente e com o fim exclusivo ou prioritário de adotar medidas preventivas, não se tratando já nesta hipótese de uma ação médica terapêuticamente indicada, poderia se incorrer numa falta dolosa de lesões corporais (art. 582.1 CP), sem que por isto (a adoção de medidas de prevenção) possa alegar-se a excludente do estado de necessidade (art. 8 n. 7 CP). Se o paciente se submete a um *check-up* geral, o médico pode plantear-se a realização desta prova; nessa hipótese regem os princípios gerais relativos à informação e o consentimento, de forma que, a não ser que o paciente renuncie de modo expresso a que se lhe informe sobre as provas a que irá a ser submetido, deverá comunicar-se-lhe essa previsão. Pode ocorrer que se tenha extraído sangue do paciente com uma finalidade determinada, conhecida e consentida por ele (ou que se disponha dela, já extraída), e com posterioridade se plante a oportunidade de realizar a prova de anticorpos do vírus HIV (também com o fim preventivo para o pessoal sanitário), sem comunicá-lo neste caso ao paciente. Indubitavelmente neste caso não há lesão corporal do

paciente, pois a extração de sangue teve sua justificação terapêutica (ou diagnóstica encaminhada a um tratamento); portanto, a lesão afeta sua intimidade, que poderia dar lugar a uma indenização civil de danos e prejuízos.⁵¹

Evidentemente que estas provas poderiam realizar-se com caráter obrigatório, tanto em pacientes como em grupos determinados da população, se assim o determinasse a autoridade sanitária competente, de conformidade com o estabelecido pela LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública de 1986, mas, como indicávamos então, nunca por iniciativa de um médico em particular.

Se se trata de candidatos a doadores de sangue, sêmen ou órgãos ou tecidos, a realização das provas é obrigatória, como sabemos, sem que isso impeça pô-lo em conhecimento do doador antes de sua realização, e se se negar às mesmas deverá ser excluído como doador. No caso do doador de órgãos cadáver, estas provas se realizarão sem necessidade de qualquer consentimento (nem do doador, por razões óbvias, nem de seus familiares), da mesma forma que se praticam outras análises prévias (grupo sanguíneo, HLA). A cobertura legal destas imposições se obtém através da indicada LO de 1986.

2.3.2 Responsabilidade pela emissão de um diagnóstico equivocado

Vejamos agora que ocorre se como consequência das provas realizadas se chega a um diagnóstico equivocado, do que é informado o paciente ou o doador. Há que deixar constância de que normalmente se reconhece ao diagnóstico uma maior margem de erro, face às dificuldades que costuma carregar diagnosticar com exatidão o padecimento de uma doença determinada cuja identidade ainda se desconhece; sem embargo, em relação ao caso que nos ocupa a situação é (ou costuma ser) diferente, posto que

a atividade diagnóstica (as provas prescritas regulamentariamente e outras mais precisas ou mais confiáveis e rápidas que se possam descobrir) no caso que nos ocupa vá dirigida à averiguação de uma enfermidade concreta, a da Aids ou a presença de anticorpos, para o que se dispõe de umas técnicas já estabelecidas, o que significa que aqui a margem de erro escusável é muito menor, sem prejuízo de situações excepcionais.

O erro pode consistir em emitir um diagnóstico falso positivo (se acredita que a pessoa objeto da análise é portadora de anticorpos quando não o é) ou falso negativo (se acredita que não os tem, mas na realidade sim). No primeiro caso — mais facilmente evitável, enquanto que a prática existente de repetição das provas quando o resultado das mesmas é inicialmente positivo revelaria o erro incorrido — não se produz a lesão de um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, portanto fica descartada a possibilidade de responsabilidade penal culposa; não obstante, poderia dar lugar a uma responsabilidade civil, em relação aos danos materiais e morais inflingidos (problemas familiares, laborais, psicológicos etc.). No segundo caso, o doador não é, em sentido estrito, um doente (o objeto da atenção médica não se baseia em sua condição de enfermo), se bem é verdade que para assegurar a qualidade do sangue ou de seus componentes há que realizar uma série de provas com o fim de proteger o receptor; logicamente estas precauções beneficiam de forma indireta ao doador enquanto lhe permitem realizar um *check-up* por ocasião da doação (de fato, tem-se conhecido casos de pessoas pertencentes aos chamados grupos de risco, ou que não pertencem a eles, porém medrosos, que tem ido doar sangue com o fim primário de conhecer por este meio se são portadores de anticorpos relacionados à Aids). Poderia sustentar-se uma imprudência penalmente punível, na medida em que tal conhe-

cimento e a confiança emprestada ao resultado dessas análises tenham atrasado consideravelmente submeter-se a tratamento e o prognóstico seja substancialmente pior,⁵² trata-se, em suma, de demonstrar a existência da lesão do bem jurídico e de que dita lesão se há produzido precisamente como consequência da conduta imprudente (o diagnóstico errado). Sem contar, claro está, com as eventuais responsabilidades a que poderia dar lugar se esse sangue chegasse a ser utilizado em algum paciente receptor, segundo temos visto. O mesmo poderia dizer-se em relação ao paciente e à pessoa que presumivelmente sadia se submeta a um *check-up* geral, incluindo estas provas.

2.3.3 Dever de informar sobre os resultados das provas

Se na análise do sangue doado ou outras provas praticadas no doador se evidência que apresenta anticorpos vinculados à Aids (como em qualquer outra enfermidade), o médico deve informá-lo acerca de sua situação,⁵⁴ dos possíveis tratamentos existentes, assim como da natureza contagiosa da doença (ou da condição de portador de anticorpos do vírus), das vias de transmissão (incluindo os riscos de transmissão à descendência futura) e das precauções pessoais que deve adotar em suas relações e contatos com outras pessoas. O não cumprimento da obrigação de informar originaria uma falta administrativa,⁵⁵ posto que sua omissão estaria aumentando os riscos de transmissão da doença. Esta obrigação vem reforçada pela Lei Geral de Sanidade (art. 10.5 e 8) para esta e as demais hipóteses nas que se realizem as provas (doadores do sêmen ou de órgãos, pacientes e p.ex., também uma pessoa supostamente sã que se tem submetido a um *check-up* periódico geral que incluía estas provas). Neste ponto se planteia uma questão delicada, posto que a LGS es-

tende a obrigação de informar também aos familiares e afins, e precisamente em relação a esta doença pode ser mais freqüente que o paciente exija que a confidência inclua também os membros de sua família; esta decisão é a que deve prevalecer e ser respeitada pelos médicos. Se o doador ou o paciente adoece e morre por não ter podido tomar as medidas adequadas, ao desconhecer seu estado, poderia dar lugar a responsabilidade penal por negligência (sempre que concorram todos os requisitos enumerados acima, particularmente neste caso o último mencionado, isto é, o de que o resultado não se teria produzido igual se a conduta imprudente não tivesse ocorrido, na medida em que ainda não é possível prevenir ou curar esta doença, mas sim retrasar cada vez mais seu prognóstico).

A falta ou insuficiência de informação ao paciente pode dar lugar a responsabilidade civil, segundo vem estimando o direito comparado e vem apreciando já em algum caso — não vinculado com a Aids — os tribunais espanhóis.

2.4. Entrega de seringas e outros materiais de assepsia e prevenção

Esta possibilidade é comum plantear-se principalmente em relação aos toxicômanos adictos a drogas subministráveis por via parenteral, os quais, ao compartilhar as seringas com outros toxicômanos, correm um maior risco de contágio, como demonstram suficientemente as estatísticas nacionais. Este problema se agrava no meio carcerário, onde teoricamente parece mais difícil conseguir ditos instrumentos e o contágio é mais fácil, fenômeno apoiado também estatisticamente.

A decisão de facilitar seringas descartáveis e outros produtos desinfetantes, como também de preservativos, corresponde às autoridades sanitárias ou, no caso, às administrativas do sistema

penitenciário, mas pode plantear-se-lhe também de forma individual a um médico ou outro profissional sanitário.

A dificuldade consiste, não em não se opor às decisões dos superiores, senão em não ser acusado de um delito de favorecimento, promoção ou facilitação do consumo ilegal de drogas (art. 344 CP), face à amplitude atual desse delito; ademais, existe um tipo agravado quando o consumo se facilita em estabelecimentos penitenciários (art. 344.a. 1.º CP) e outro referente a quando os autores são facultativos (art. 344.7.º CP). Poderia aceitar-se a existência do delito se com a conduta se contribuísse ao incremento do consumo ilegal de drogas em duas direções: influir na maior frequência do consumo por parte dos toxicômanos, e favorecer a iniciação de indivíduos ainda não toxicômanos. Descartada de nosso planteamento a segunda hipótese, está claro que na realidade não se produz favorecimento nem estimulação de qualquer espécie, posto que o viciado possui a droga (se supõe) e irá consumi-la de qualquer modo, inclusive se não dispor de meios para prevenir seu próprio contágio; pelo contrário, com esta atuação se está favorecendo não agravar seu estado de saúde provocado por sua toxicomania com a possibilidade de contrair outras doenças, neste caso de uma gravidade indiscutível; o que se pretende e ocorrerá normalmente é que o mesmo número de atos de consumo se realize em melhores condições de higiene. O que parece querer prevenir o CP são as condutas de favorecimento do consumo que propiciem o acesso à droga.⁵⁶ Mais especificamente ao âmbito carcerário, se se entendessem incluídas no tipo delitivo estas condutas, também o seria facilitar lixívia ou outros produtos semelhantes para desinfetar as seringas, assim como — por omissão — não despojar das seringas ou das drogas que se sabe que se possuem. O mesmo pode se dizer em relação à entrega de preservativos a

pessoas nas que é evidente que mantém relações sexuais e são adultas (ao respeito seria difícil decidir a partir de que idade do solicitante devem entregar-se-lhe, não obstante exista um limite claro, se não é mais elevado: o de doze anos, caso em que sempre que se mantivessem relações sexuais haveria delito de violação); embora neste caso a transcendência penal seja muito remota, salvo no delito de expender anticoncepcionais sem cumprir as formalidades legais ou regulamentais (art. 343 CP), também de escassa relevância.

2.5 Responsabilidade do paciente ou doador portadores de anticorpos

O paciente ou doador que é informado de possuir anticorpos e do que isso supõe de um possível desenvolvimento da doença, deve abster-se de realizar condutas que suponham um perigo de transmissão da enfermidade a terceiros. Se apesar desse conhecimento e das advertências recebidas realiza condutas de risco de transmissão poderia incorrer em delito, sendo várias as alternativas puníveis existentes, de acordo com as circunstâncias que se apresentem em cada situação concreta. Alguns destes problemas de responsabilidade penal já tem sido analisadas ao contemplar a responsabilidade penal do facultativo que contagia seu paciente por não ter adotado medidas suficientes de prevenção da transmissão (em particular os casos de imprudência punível), pelo que agora nos centraremos em outros aspectos ainda não abordados, advertindo que são muitos e muito controvertidos os matizes com que podem apresentar-se, mas que aqui se resolvem de forma mais global.⁵⁷

2.5.1 O delito de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas

Sendo a Aids uma enfermidade contagiosa, em seguida vem à mente o delito

conhecido como de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas (art. 348 CP).⁵⁸ Muito se tem discutido acerca deste delito e de seu alcance, em particular se é aplicável ou não ao contágio malicioso de doenças venéreas (hoje diríamos, mais amplamente, enfermidades de transmissão sexual, ETS), como parece ter sido o propósito do legislador,⁵⁹ fracassado ademais, em vista de sua nula aplicação pelos tribunais de justiça.⁶⁰ Sem embargo, para estes casos, como veremos adiante, parecem superados os inconvenientes que apresentavam para alguns estudiosos os delitos de lesões corporais até sua profunda reforma em junho de 1989, pois permitem cobrir melhor os prejuízos de diversa índole produzidos na saúde de outra pessoa.⁶¹

Por tal motivo, o delito objeto de análise deve ser delimitado com toda clareza, e em consequência situá-lo como um crime contra a saúde pública (bem jurídico protegido por este delito), isto é, contra a saúde da coletividade, que apresenta a estrutura de um crime de perigo (abstrato).⁶² Isto significa que o delito existirá quando se propague uma enfermidade contagiosa para as pessoas, como é a Aids, a pessoas indeterminadas, embora estas não cheguem a padecer a doença (como poderia chegar a ser o caso do que adquire soropositividade sem desenvolver a enfermidade em sentido estrito). Assim, o tipo objetivo do delito concorrerá quando uma pessoa que é portadora do vírus sede uma seringa já usada por ele mesmo a outros que sucessivamente a utilizam injetando-se droga por via intravenosa. Como também existiria se se inocula qualquer objeto de uso pessoal suscetível de transmitir a doença, como lâminas de barbear (e as cede a outros), pois a lei utiliza a expressão “propagar”, que admite qualquer meio de extensão da enfermidade e não só a transmissão direta a pessoas, embora sejam indeterminadas. Para a consumação bastará a comprovação de que se

tenham realizado efetivamente atos de extensão do vírus transmissor da Aids.⁶³

De qualquer forma, a dificuldade maior consiste no tipo subjetivo, se se entende que a expressão “maliciosamente” abarca unicamente o dolo direto e não o dolo eventual, sem que seja possível tampouco a comissão culposa. Este critério tão restritivo é sustentado majoritariamente pelos autores espanhóis,⁶⁴ e de acordo com a qual existirá o delito se o que cedeu a seringa não só conhecia nesse momento sua condição de portador senão que, ademais, tinha a intenção de propagar a doença, intencionalidade que podemos presumir pouco frequente, embora não impossível. Se o que pretendia era contagiar por este procedimento a uma ou a várias pessoas determinadas ou determináveis haveria um concurso com o resultado material causado ou tentado (homicídio ou lesões, segundo os casos), que haverá de resolver-se de acordo com os critérios que estabelece o art. 348.

“A doutrina está dividida quanto ao concurso ser de leis ou de delitos. Em atenção a que se encontram afectados dois bens jurídicos distintos (a saúde pública e a vida ou a saúde individual), pareceria mais correta a solução do concurso de delitos, pelo que a pena haveria de refletir ambos os crimes (art. 71 do CP). Sem embargo, apesar da obscura redação do último inciso do art. 348, parece que a vontade da lei é que se castigue em qualquer caso por um só dos crimes (concurso de leis): se o fato constitui delito mais grave, por este, e se é menos grave, pelo de propagação maliciosa, pois nesta última hipótese, a *sensu contrario*, excluiu-se a possibilidade de castigar pelo delito de resultado, pelo que seria incongruente a primeira solução.”

Em resumo, aplicado ao caso em questão se confirmam as observações comentadas da virtual inaplicabilidade deste preceito, diante de sua rígida estrutura típica. Ao mesmo tempo se refor-

ça a opinião de que este delito deveria desaparecer do CP, como já previam o Projeto de CP 1980 e a Proposta de 1983.⁶⁵

2.5.2 Delitos de lesões corporais

A reforma dos delitos de lesões corporais experimentada pelo CP espanhol em 1989 eliminou em grande medida os inconvenientes que viam alguns autores quanto à excessiva concreção — portanto, restritiva — de meios comissivos de que adoezia a anterior redação dos tipos dos arts. 420 e 421. Desde esta reforma o tipo básico dos delitos de lesões corporais admite qualquer meio ou procedimento de causar uma lesão que atinja a integridade corporal ou a saúde física ou mental de uma pessoa. Portanto, não há dúvida de que agora também se integra na conduta típica o contágio de uma doença a outra pessoa, seja qual for sua natureza.

O tipo objetivo em relação à Aids se dará quando efetivamente se transmita a doença ou mesmo os anticorpos do vírus a uma ou várias pessoas determinadas por quaisquer das vias assinaladas, pois tais situações produzem uma diminuição na saúde física — quando não também mental — do contagiado, como requer o tipo. As características próprias do desenvolvimento das patologias da Aids planteiam dois problemas. Em primeiro lugar, há que se determinar se a mera infecção do vírus de insuficiência humana, ainda sem contrair a doença (em realidade não se sabe se o indivíduo infectado chegará a contraí-la ou não no futuro) constitui já em si mesma uma diminuição da saúde. Esta questão já foi resolvida acima em sentido afirmativo.⁶⁶ Por outro lado, é importante estabelecer a relação de causalidade entre a ação de transmissão ou de contágio e o resultado, o que não se entorpece pelo fato de que o resultado apareça muito mais tarde, segundo já expusemos. No entanto, o

problema se apresentará no momento de comprovar se a conduta do agente foi realmente a transmissora, em particular se o sujeito passivo há realizado práticas de risco com várias pessoas já afectadas de um modo ou de outro; se nesta hipótese não se pode determinar pericialmente com absoluta precisão quem foi o transmissor, haveria que condenar, no caso, tão só por tentativa do delito,⁶⁷ em função do princípio *in dubio pro reo*. O outro problema também está vinculado à consumação do crime, mas com relação a outro aspecto: o de quando se entenderá consumado, posto que a doença, se se manifesta, dizíamos que tarda bastante tempo em fazê-lo — inclusive anos. Aqui nos encontramos com uma limitação processual, relacionada ao momento em que, dentro do processo, se possa modificar por última vez a qualificação dos fatos; até este instante poderiam ter-se em conta as variações na evolução do infectado para fixar a natureza do delito cometido, porém não depois de referido momento,⁶⁸ em respeito ao princípio da “coisa julgada”, o que é decisivo para estabelecer a consumação ou a tentativa, segundo se tenha produzido ou não o resultado típico.⁶⁹ Sem embargo, posto que a soropositividade se pode detectar mediante análise umas semanas depois da exposição ao vírus, existiria provavelmente sempre consumação do delito de lesões em relação à aquela, em minha opinião o tipo do art. 420.1 ou 2 (se bem estimo este último mais improvável, em atenção às características apontadas que apresenta a condição de soropositivo), mas seria discutível a aplicação do tipo agravado do art. 421 n. 2.º, vale dizer, se como resultado das lesões o ofendido tiver ficado com uma doença somática ou psíquica incurável, pois se trata de um delito determinado pelo resultado; isto dependerá da relevância que se dê ao contágio em relação a este tipo delitivo, isto é, se se pode qualificar de incurável a consideração de enfermidade crônica

que temos outorgado mais acima à mera aquisição de anticorpos; de qualquer forma, sua qualificação jurídica há de realizar-se em atenção a critérios científicos de cada momento sobre a reversibilidade ou irreversibilidade da soropositividade. Se entrar em discussão o tipo do art. 418, isto é, quando alguém de propósito causar a outrem uma grave enfermidade somática ou psíquica ou uma incapacidade mental incurável, seria este de preferente aplicação frente ao art. 420 e provavelmente estaríamos ante uma tentativa de delito (mais exatamente, delito frustrado), enquanto não se manifesta a enfermidade da Aids,⁷⁰ mas depende também da qualificação definitiva que se conceda à condição de portador de anticorpos como doença grave.

O tipo subjetivo requer o dolo, embora se discuta qual há de ser a natureza deste para que abarque os casos objetivos compreendidos no art. 420 ou 421 n. 2, por um lado, ou o 418, por outro. Portanto, será decisivo no caso concreto provar o dolo que animava o sujeito para que seja aplicável uma ou outra figura delitiva (a do 418 ou as do 420 ou 421 n. 2.º). Cabe a comissão culposa das lesões quando se tenha produzido como consequência da infração dos deveres de cuidado de forma grave ou leve (arts. 565.1 e 586, do CP, respectivamente) nos termos já expostos.

2.5.3 Delito de homicídio

Tampouco deve ser excluída a possibilidade de um delito de homicídio. O problema continua sendo aqui também o de sua consumação, já que ao tempo do processo e da condenação só poderia plantear-se geralmente um homicídio frustrado. Em resumo, se reproduzem aqui semelhantes problemas que os apontados em relação às lesões corporais sobre a determinação da relação de causalidade e consumação do delito, embora neste caso a produção ou não da

morte e seu momento permite chegar a soluções mais nítidas.⁷¹

A intenção de matar, ainda que eventual, nos situará no delito de homicídio (no caso, doloso) consumado ou tentado (pense-se, p. ex., o que agride outrem com uma seringa infectada), sendo possível sua comissão culposa, nos termos apontados acima. De qualquer forma, segue constituindo um problema capital e difícil averiguar o dolo do autor, se de homicídio ou de lesões corporais.

2.5.4 Configuração do dolo e relevância do risco permitido e do consentimento da vítima

Em todo o processo da valoração jurídico-penal é decisiva a apreciação da real existência do dolo. A comprovação, sempre difícil, do dolo do sujeito, nos indicará se é o delito de lesões corporais ou o de homicídio o aplicável, o que, se ocorre ao longo do processo, pode afetar a natureza do procedimento (abreviado ou ordinário).⁷² Se existir, bastará com que seja eventual, que será o mais frequente. Para sua valoração há que ter-se em conta o prognóstico sempre grave ou inclusive mortal da doença no momento atual uma vez contraída (não apenas a infecção), circunstância geralmente conhecida da população.

Por outro lado, o risco permitido em relação à conduta da pessoa contagiada (p.ex., no mantimento de relações sexuais isentas em si mesmas do risco de contágio ou empregando preservativos ou outros meios) e o consentimento do que se encontra em perigo de contágio (consentimento no risco), tendo sido previamente informado de dito perigo (p. ex., de que a seringa não é estéril e a condição de portador do que a subministra; ou antes de manter a relação sexual) podem ser determinantes para a exclusão da responsabilidade por imprudência daquele,⁷³ ainda que em princípio tenham de estimar-se irrelevantes para a exclusão

do dolo, por não serem bens jurídicos disponíveis a vida e a integridade física no CP espanhol.⁷⁴

“Os riscos de contágio de doenças que, embora sendo perigosas, geralmente não apresentam riscos graves, como a gripe (se bem que em certas situações não está livre de índices de mortalidade), não parecem situações comparáveis com a Aids, já que as vias de transmissão — p. ex., aérea — não são tão facilmente controláveis e os riscos derivados do contágio são muito menores.”

Finalmente, deve mencionar-se que o RD 1945/1985 considera como falta grave do doador a ocultação de antecedentes, circunstâncias ou dados patológicos, relativos às condições mínimas de aptidão ou causas de incapacidade temporal ou definitiva; assim como o não cumprimento dos reconhecimentos sanitários periódicos a que esteja obrigado (art. 21.4 a); ainda que no caso do doador seria difícil que passasse despercebida sua condição de soropositividade, diante da obrigação das provas para sua detecção.

IV — Dever de confidência em relação ao paciente e ao doador

Quando o médico descobre que o paciente ou o doador tem desenvolvido anticorpos do vírus da Aids, se lhe plantea o dever de manter o segredo desse conhecimento que há adquirido como consequência do exercício de sua profissão. Este dever é uma das manifestações da proteção reconhecida ao direito à intimidade individual, necessidade de proteção que se intensifica em relação aos aidéticos, diante do caráter estigmatizante e discriminatório que se há criado em torno dessa enfermidade,⁷⁵ por sua gravidade e por vinculá-la freqüentemente com atividades sociais rechaçadas (drogadicação, práticas sexuais heterodoxas). Portanto, junto com a obrigação de informar ao paciente ou doador de sua situação tem ademais o dever paralelo de

guardar segredo quanto a ela em relação a terceiros, para assim resguardar a intimidade do interessado, com a exceção dos demais profissionais diretamente implicados no tratamento. Vejamos agora como se encontra protegida aquela, que consequências podem derivar-se de sua conculcação, e que deve fazer-se se surgem outros interesses dignos também de proteção e se produz um conflito entre estes e a intimidade do doador.

1. Proteção da intimidade do paciente e do doador

A intimidade das pessoas aparece reconhecida como um direito fundamental na Constituição Espanhola (arts. 18.1 e 4, e 20 CE), assim como pela Declaração Universal de Direitos Humanos (à que se vincula a CE na interpretação dos direitos fundamentais, art. 10.2) e o Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 (ratificado por Espanha em 1977), que protege também o direito à intimidade da pessoa (art. 8).

A LGS reconhece este direito em vários preceitos, e não há dúvida de que alcança não só o paciente senão também ao doador de sangue, seja ele centro público ou privado: “todos tienen los siguientes derechos...” (art. 10 n. 1 e 3). No art. 61 se insiste nesta ordem de idéias em relação à informação e ao histórico clínico, devendo ficar plenamente garantidos o direito do doente a sua intimidade pessoal e familiar e o dever de guardar segredo por quem, em virtude de suas competências, tenha acesso ao histórico clínico. A utilização no art. 61 do termo “enfermo” não constitui, na minha opinião, obstáculo para entender incluído também aqui o doador ou outra pessoa a respeito da qual se há confeccionado um histórico clínico.

Do ponto de vista penal, a vulneração do dever de segredo profissional só está castigada em relação aos advogados e

procuradores. Os médicos, muito ao contrário, têm o dever de denunciar determinados delitos que tenham conhecido no exercício de sua profissão (assim, CP art. 576, como falta; a LECr, art. 262). Apesar de que também os juristas tem reclamado que os médicos estejam amparados e obrigados penalmente pelo segredo profissional, não existe ainda em nosso Direito um reconhecimento expresso do mesmo, salvo no que lhes obrigue sua relação com o paciente.

Sem embargo, os funcionários públicos e as autoridades podem incorrer em delito quando revelem os segredos ou qualquer informação de que tenham conhecimento em razão de seu ofício ou cargo e que não devam ser divulgados, castigando-se expressamente quando se trate de segredos de um particular (art. 367.1 e 3. CP). Este preceito tem grande importância para os médicos que exercem em centros sanitários públicos, pois para os efeitos do CP, e somente para eles, estes médicos têm, como se há dito acima, a consideração de funcionários públicos (art. 119.3 CP), e se revelam a terceiros alheios ao tratamento ou atuação a doença concernente ao paciente ou doador que atenderam em seu Serviço incorrerão sem a menor dúvida no referido delito. Se, de modo mais excepcional, se trata de um hematólogo com laboratório próprio ou que desempenha suas funções num centro privado (seja o caso de um doador ou de um paciente que recorre a sua consulta), dificilmente poderia ser acusado pelos delitos de descobrimento e revelação de segredo cometidos por particulares, diante dos tresnoitados termos que utiliza o CP para descrever a ação punível (arts. 497 e ss. do CP).

Para os casos anteriores e aqueles outros nos que não exista uma cobertura penal suficiente, permanece aberta a via civil de responsabilidade, conforme o disposto pela Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, de proteção civil do direito à

honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, cujo art. 7.4.º considera como intromissão ilegítima a revelação de dados privados de uma pessoa ou família conhecidos através da atividade profissional ou oficial de quem os revela. A cobertura civil desta Lei parece ampla e suficiente, tanto nesta como em outras formas de agressão à intimidade individual.

2. Exceções ao dever de confidência

Apesar do dito anteriormente, cabe perguntar se nestas situações o médico tem a possibilidade ou o dever de vulnerar este outro dever de segredo, em favor de terceiras pessoas ou de outros interesses alheios ou coletivos. O médico pode perguntar-se, em consequência, se devem primar ou não estes interesses de terceiros frente ao direito à intimidade do doador ou paciente, em particular quando se encontre em jogo a saúde ou a vida das pessoas ou a saúde pública.

Nestas hipóteses o médico pode chegar a encontrar-se ante um conflito de deveres e interesses e terá que recorrer ao ordenamento jurídico em seu conjunto para ver se efetivamente se há produzido e como terá de resolver em tal caso. Só no caso em que se comprove que primam os outros deveres ou interesses frente ao direito à intimidade do doador e correspondente dever de sigilo, o desrespeito do mesmo deixará de acarretar-lhe qualquer tipo de responsabilidade (art. 8.11.º CP) nos termos descritos acima.

O médico tem, em primeiro lugar, o dever de dar a conhecer às autoridades sanitárias a existência de um caso de enfermidade infecto-contagiosa de declaração obrigatória. Para comprovar quais são estas terá que estar no disposto na normativa correspondente.⁷⁶ Algumas Comunidades Autônomas têm ditado disposições nas que se declara a obrigatoriedade de dar a conhecer os casos de Aids detectados, como a *Diputación*

General de Aragón, cujo decreto 86/1987, de 17 de julho inclui a síndrome de imunodeficiência adquirida na lista de doenças de declaração obrigatória (art. 1.º),⁷⁷ não obstante, se estabelece também a obrigação de garantir, tanto pelas fontes declarantes, como pela Administração, a confidência dos dados que se gerem com a aplicação da presente normativa e o uso exclusivamente sanitário dos mesmos (art. 4.º). Por outra parte, e já dentro do âmbito do Estado, temos visto também que a LO de Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública de 1986 faculta às autoridades sanitárias competentes a adotar determinadas medidas quando o exijam razões sanitárias de urgência ou necessidade, entre outras as destinadas a controlar as enfermidades transmissíveis, podendo afetar parte da população, aos doentes e às pessoas que estejam ou tenham estado em contato como os mesmos (arts. 1.º a 3.º). Pois bem, uma dessas medidas pode consistir no dever de comunicar os casos de Aids detectados (embora, segundo parece impor-se nos foros científicos internacionais, não se estima conveniente a adoção de medidas drásticas, por ineficazes ou contraproducentes). Observe-se que esta Lei pode afetar também o direito fundamental da intimidade individual.

Por razões familiares, laborais ou de outro tipo (relativa, p. ex., à subscrição de apólices de seguros de vida) se pode recorrer ao médico tratante ou ao hematólogo com a pretensão de que esclareça as suspeitas existentes de que um doador ou um paciente seu ou de seu Serviço há contraído a doença ou é portador dos anticorpos da síndrome; ou o médico mesmo pode plantear-se em casos semelhantes se tem o dever de tomar ele a iniciativa e revelar a situação de seu paciente. Em nenhuma dessas situações tem o médico o dever de revelar a situação de seu paciente (ou doador), vale dizer, não está obrigado a

realizar ação alguma.⁷⁸ Agora, no caso excepcional de que tenha a evidência comprovada de que existe um perigo real de contágio para um terceiro (p. ex., o cônjuge), e com isso um perigo, também real, para sua vida ou grave para a saúde, e no caso de que o afectado não esteja disposto a comunicar sua situação a esse terceiro e/ou a tomar medidas preventivas adequadas, o médico poderá revelá-la, mas não como dever jurídico, amparado por um estado de necessidade justificante de sua conduta (art. 8.º, n. 7 do CP), sempre que ocorram todos os requisitos, dentre os que podemos destacar agora o que exige que o mal causado (o atentado contra a intimidade do paciente ou doador) sejam menos — excepcionalmente: igual — que o mal que trata de evitar (a perda da vida ou menoscabo para a saúde do terceiro). Ainda assim, não existe pronunciamento por parte dos Tribunais de Justiça sobre algum caso similar que nos sirva de referência, como tampouco se há recorrido ao Juiz para que autorize revelar um segredo por razões imperiosas.

Em resumo, enquanto não o imponha a Lei ou a autoridade sanitária de acordo com o exposto, ou o autorize o Juiz amparado no ordenamento jurídico (em hipóteses certamente muito excepcionais) o médico não pode vulnerar esse dever de confidência ou de segredo.

NOTAS

1. Heike Jung, *Aids im Blickfeld des Strafrechts*, Universitat des Saarlandes, Saarbrücken, 1988, 20 e ss.

2. Com o fim de simplificar, as referências no texto a pacientes de Aids ou à enfermidade da Aids aludem tanto ao portador de anticorpos do vírus HIV assintomático, como a quem padece a doença da Aids, assim como o complexo de enfermidades relacionados com a Aids (CRS), salvo que de modo expresso se indique alguma delas quando assim o requeira a análise jurídica individualizada de cada uma destas situações.

3. Lembre-se a concordância deste preceito com o art. 14 da CE, que proscree a discriminação, conseqüente da declaração de igualdade de todos os espanhóis.

4. V. Horst Herzog, "Die rechtliche Problematik von Aids in der Praxis des niedergelassenen Arztes", em *Medizinrecht*, 1988, p. 289 e ss.

5. V. também a respeito as previsões desta Lei sobre a Sanidade Penitenciária nas disposições finais 2.ª.5 e 3.ª.1.a.

6. Sobre estes aspectos da LGP, v. Carlos Garcia Valdes, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, 111 e ss.; Fidel del Rio y Prado, "Ley Orgánica Penitenciaria. La asistencia sanitaria", em *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. por M. Cobo del Rosal, e coord. por M. Bajo Fernández), t. VI, v. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, 521 e ss.

7. O art. 140 do RP indica, entre outros fins, "descubrir la posible existencia de enfermedades, adoptando en su caso las medidas necesarias". De qualquer forma, haveria de perguntar-se se as provas específicas da Aids (p. ex., o teste Elisa), não deveriam ser realizadas prévia informação e consentimento do interno, de acordo com o caráter voluntário (e confidencial) que propugnam os organismos internacionais aos que aludo abaixo, com o fim de prevenir discriminações, ao menos enquanto não o imponham as autoridades administrativas de acordo com as faculdades que lhes outorga a LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública, de 1986. Em relação com o mesmo, o citado art. 140 do RP prevê que em conjunto com esse reconhecimento inicial o médico proponha o isolamento dos suspeitos de enfermidades infecto-contagiosas e de perturbações mentais...

8. Refiro-me ao RD de 2 de março de 1978, parcialmente derogado pelo de 1988 que se menciona na continuação do texto.

9. O art. 147.2 do RP requer que a petição de ingresso no centro hospitalar extrapenitenciário público seja acordada pelo Centro Diretivo da correspondente Administração Penitenciária, prévia proposta arrazoada das Juntas de Regime e Administração, acompanhada por informes médicos nos que conste o diagnóstico da doença ou anomalia que requeira tratamento.

10. Fica aberta todavia uma última possibilidade, consistente na liberação do aidético em fase terminal avançada. V. Romeo Casabona,

C. M., "El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos", em *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, p. 47 e ss.

11. STS 15.11.1973, 15.6.1979 e abril 1981: também os farmacêuticos, as enfermeiras e os médicos da Previdência Social são funcionários em decorrência deste artigo.

12. V. art. 66.3 LGS, relativo ao regime de convênio, que indica ao respeito que "el sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios".

13. O art. 165 do CP diz o seguinte: "Incurrirá en la pena de arresto mayor (pena de privação de liberdade de um mês e um dia até seis meses de duração) y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicadas cuando los hechos requeridos (sic: referidos) se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada". V. Carlos M. Romeo Casabona, "Bias crime in Spanish Law", em *Symposium on Domestic and International Bias Crime*, International Criminal Law Center, Fordham University School of Law, New York, 1992 (no prelo).

14. STS 18.11.1991.

15. STC 27.6.1990, sobre o "recurso de amparo" de presos em greve de fome reivindicatória, e outras posteriores semelhantes.

16. De acordo com o que expõe Eduardo Cobrer Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos de sida)", em *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 57, 1988, 59 e ss. (62).

17. Josefina Alventosa Del Rio / Jaime Vidal Martínez, "Sida y Derecho en España", Informe apresentado ao *Rencontre Internationale sur le*

Thème Droit et Sida: Comparaison Internationale, Paris, 24-26 de outubro de 1991 (inédito).

18. Cobreros Mendazona, ob. cit., 63 e s. De acordo com este critério, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit.

19. Segundo propõe Cobreros Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos de sida)", cit. 64 e s.

20. V. Organização Mundial da Saúde, *Declaración de la Reunión Consultiva sobre Prevención y Lucha contra el Sida en las Cárceles*, Genebra, 16/18 de novembro de 1987.

21. Assim, a "Recomendación 1080 (1988)" da Assembléia Parlamentar, relativa a *Une politique européenne coordonnée de la santé pour prévenir la propagation du sida dans les prisons*, ap. 7 e 13.

22. O art. 5.1.º diz assim: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y com arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) e) Si se trata de un internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo".

23. No "Ante-Proyecto de Recomendación" e no "Proyecto de Informe" relativos a *Le Sida et les Droits de l'Homme*, recom. D. ii, e *Conclusiones preliminares*, respectivamente.

24. Outros aspectos jurídicos vinculados à investigação epidemiológica da Aids podem ser vistos em Wollfram Eberbach, "Arzneimittel- und epidemiologische Forschung bei AIDS", em *Medizinrecht*, 1989, p. 281 e ss.

25. V. ao respeito, mais amplamente sobre este tipo de ações, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, ob. cit.

26. Sobre as implicações no âmbito laboral, v. Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, ob. cit.

27. Assim, já Romeo Casabona, "El sida y las prisiones", ob. cit., 54; também, Diego M. Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", em *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Instituto Nacional da Saúde, Madrid, 1992, 105; e na bibliografia alemã, já, Wollfram Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, Springer Verlag, Berlim, 1986, p. 761 e ss.

28. Neste sentido, STS 18.11.1991: portadores assintomáticos de anticorpos anti-HIV.

29. A dúvida que surge é se a consideração de enfermidade crônica do soropositivo e sua abstenção de ter descendência podem entender-se incluídos em *quedar esteril* ou com *una enfermedad somática o psíquica incurable* que menciona o art. 421 n. 2 CP, em cujo caso daria lugar à aplicação deste tipo agravado. Embora discutível, me inclino pelo critério negativo, enquanto a só soropositividade parece que pode ser reversível.

30. Outra questão conexa é a de se o médico deve comunicar sua situação ao paciente. Sendo suficientes e eficazes as medidas adotadas, não parece exigível.

31. Assim procedeu a STS 18.11.1991: dez milhões para cada um dos prejudicados por sua condição de portadores e mais quinze milhões se no futuro desenvolvessem a doença.

32. Tenha-se em conta que o RD 1945/1985, sobre Hemodação e Bancos de Sangue, assinala que corresponde aos Bancos de Sangue hospitalares (integrados em seus Serviços ou Unidades de Hematologia e de Hemoterapia) planejar e realizar a hemoterapia do hospital onde estejam situados (art. 21.2.a).

33. A este respeito regem o RD 1945/1985, de 9 de outubro, sobre Hemodação e Bancos de Sangue, e a OM 4.12.1945, que desenvolve o anterior RD (ponto 5.3). Posteriormente se tem ditado outras disposições (em particular pelas Comunidades Autônomas) que impõem a obrigação de realizar determinadas provas com o fim de detectar a presença de anticorpos de certos vírus, como o da hepatite C.

34. Resolução 6 septiembre 1985.

35. OM 18.2.1987, modificada por outra OM de julho 1987. V. também Resolução de 10.3.1987, da Subsecretaria do Ministério de Sanidade e Consumo, sobre coordenação de atuações e controle das provas de detecção de anticorpos anti-Vírus de Imuno-deficiência Humana.

36. Assim, p. ex., o País Vasco (O. 10.9.1985, O. 4.10.1985 e Resolução 8.10.1985). Navarra (D. Foral 205/1985, 23 de outubro), Aragón (O. 3.12.1985), Cataluña (O. 10.10.1986).

37. OM 24.6.1987.

38. OM 15.6.1988.

39. V. comentário da mesma daquele que foi seu relator, José Augusto de Vega Ruiz, *El tratamiento jurídico del sida*, Colex, Madrid, 1992.

40. Não teve o mesmo parecer o Auto do TSJ de Valência de 14.6.1990, que não encontrou responsabilidade penal alguma no caso de uma transfusão de sangue realizada em uma criança em 1984, que resultou contagiada (referido por Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit., n. 58).

41. Critério que já mantive em 1987 em um Simpósio celebrado em 1987 pela *Sociedade Aragonesa de Hematologia e Hemoterapia*, cujo texto foi publicado algo mais tarde. V. Carlos M. Romeo Casabona, "Algunos problemas jurídicos relacionados con el sida", em *Razón y Fe*, n. 1097, 1990, 262.

42. P. ex., na República Federal Alemã são obrigatórias desde 1.10.1985 por disposição da Oficina Federal de Sanidade. V. Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, cit., 35.

43. V. art. 8.1, que define o conceito de medicamento; e o art. 8.2, que define a substância medicinal, que inclui as de origem humana.

44. Neste sentido, as mencionadas ss. da AP de Barcelona e do TS 18.11.1991.

45. STS 18.11.1991.

46. RD 1945/1985, art. 3.1, embora sua Disposição Final primeira abre a possibilidade de gratificação econômica quando assim o autorize, em caráter excepcional, o Ministério de Sanidade e Consumo.

47. Na doutrina se discute se é necessária a venda em Farmácia para que possa considerar-se um produto como medicamento (ademais de outros requisitos). O resolve em sentido negativo, Javier Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial* (coord. por T. Vives Antón), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, 328; em sentido contrário, Francisco Muños Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 476 e s.

48. O Anteprojeto de CP de 1992 recolhe estas figuras delitivas em termos iguais que na atualidade, nos arts. 335 e 336, respectivamente, dentro dos delitos contra a saúde pública.

49. Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, cit., 13 e s.

50. De opinião contrária, Gunter Solbach / Thomas Solbach, "Zur Frage der Aufklärung der Patienten bei Blutentnahmen (AIDS)", em *Medizinrecht*, 1988, p. 241 e s.

51. V. sobre esta casuística, Bernd Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención de Sida desde la perspectiva alemana" em *Jornadas sobre los*

derechos de los pacientes 1990, Instituto Nacional de Saúde, Madrid, 1992, 67 e ss.

52. O duvidoso da questão me levou a plantear, com reservas, a opinião contrária em um trabalho anterior. V. Romeo Casabona, "Algunos problemas jurídicos relacionados con el sida", cit., 264 e s.

53. Deste parecer, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y derecho en Espanha", cit., apoiando-se nos arts. 1902, 1104.1.º e 1266 do CC.

54. Como previnem o RD 1945/1985 (art. 6.º d) e a OM de 1985 (art. 6 p. 2.º).

55. Das estabelecidas no RD 1945/1985 (art. 21.5, ult. inciso, falta muito grave: "cualquier otra actividad que ocasione un riesgo o un daño directo de carácter grave para la salud pública"). As sanções se imporão, segundo o RD (art. 22), de acordo com o regime de infrações sanitárias da Lei 26/1984, de 19 de julho, sobre Defesa dos Consumidores e Usuários, conforme sua disposição adicional segunda, e normas ditadas em sua execução e desenvolvimento.

56. Cf. art. 344.a.1.º: "Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicótropas... se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios", também é oportuno transcrever o n. 4º: "Cuando las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación".

57. V. também, Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", cit., 103 e ss.; Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención del Sida desde la perspectiva alemana", cit., 27 e ss.

58. Segundo o art. 348: "El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave".

59. V. ao respeito o estudo monográfico de José A. Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas", em *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, 13 e ss.

60. Tampouco resenham nenhum antecedente jurisprudencial, por inexistente ou desconhecido, José L. Manzanares Samaniego / José L. Albacar Lopez, *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 2.ª ed., Granada, 1990, comentário ao art. 348, p. 874.

61. V. sobre esta discussão, Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 28 e ss.; o mesmo, "Alcance del delito de propagación de enfermedades contagiosas", em *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, Granada, 1961; Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 379 e s. 382 e s.; o mesmo, "Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedades)", em *Delitos contra la salud pública*, Publ. do Instituto de Criminología, Valencia, 1977.

62. Assim, Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 35 e s. Sem embargo, o entende de perigo concreto, Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 380. Parece que o entende de resultado, Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 483.

63. Para isso é decisivo o alcance que se confira à expressão da conduta típica "propagar": v. José M.ª Rodríguez Devesa / Alfonso Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 14.ª ed., Dykinson, Madrid, 1991, 1092.

64. Desta opinião em relação ao art. 348, Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 380 e s.; Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 483; Rodríguez Devesa / Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., 1092; Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 57 e s. Sem embargo, não compartilha estas interpretações em geral quando a lei utiliza o termo "malícia", José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, 376 e ss., para quem compreende todas as classes de dolo, critério que subscrevo; no mesmo sentido, em relação a este delito, Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", cit., 112.

65. O Anteprojeto de CP de 1992 parece trasladar o contágio aos delitos de lesões corporais (v. art. 155). Sobre o tratamento jurídico penal do contágio de enfermidades transmissíveis no direito comparado, v. (para França, Rep. Fed. Alemã e Suíça, respectiva-

mente): Bernd-Dieter Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", em *Golt-dammer's Archiv fur Strafrecht*, 1989, 209 e ss.; Michel Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1988, 636 e ss.; Karl-Ludwig Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", em *Schweizerische zeitschrift fur Strafrecht*, 1990, 45 e ss.; O CP deste país conta com um delito (art. 231) relativo à propagação de enfermidades humanas.

66. De igual forma o há entendido o Tribunal Supremo Federal alemão, tendo sustentado nestes casos a existência de um delito de lesões aplicado ao mantimento de relações sexuais sem proteção. V. sentença de Bundesgerichtshof de 4.4.1988, com seu extrato e comentário de Roland Helgerth, "Ungeschützter Sexualverkehr mit HIV-Infiziertem", em *Neue Zeitschrift fur Strafrecht*, 1989, 114 e ss. No mesmo sentido, Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 46 e s.

67. Do mesmo parecer, Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", cit., 209; Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", cit., 638; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 46, 48 e s.

68. V. art. 793.3 da LECr: "Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder um aplazamiento de la sesión..." (para o procedimento abreviado). O que, não obstante, pode dar lugar a resultados judiciais diversos e insatisfatórios, em função da maior ou menor celeridade impulsada para a conclusão de uns ou outros processos com sentença. Teria que ficar aberta, não obstante, a questão das indenizações civis, se com posterioridade se manifestasse a doença, como assinalamos acima.

69. Ao menos com o delito de homicídio, pois se se produzir seria difícil iniciar um novo processo, posto que não há fatos novos, senão um resultado casualmente derivado de um fato anterior já julgado, apesar de ser duvidoso poder eliminar dita relação casual (ao menos

em hipóteses bem conhecidas e controladas), nem a imputação objetiva do resultado, posto se há produzido o resultado previsto pela norma que proíbe matar (embora com um lapso de tempo prolongado, circunstância que tão só poderia valorar-se na medição da pena), a falta de outro tipo mais específico que contemple o encurtamento da vida por um procedimento mais ou menos lento, como poderia ser contagiar uma enfermidade mortal.

70. No mesmo sentido, Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", cit., 638; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 47 e s.

71. Sem embargo, rechaça a possibilidade de um delito de homicídio com numerosos argumentos, Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención del Sida desde la perspectiva alemana", cit., 31 e ss.

72. Seria o caso. p. ex., se o delito imputado inicialmente tivesse sido de lesões do art. 420 (procedimento abreviado), e diante da evolução do interno contagiado e de outros indícios se qualificasse o fato como lesões do art. 418 ou homicídio, tentados ou consumados (procedimento ordinário). V. LECr, art. 793.8.

73. V. mais extensamente sobre esta questão, em concreto com relação às lesões imprudentes, Carlos M. Romeo Casabona, "El consentimiento en las lesiones, en el Proyecto de Código Penal de 1980", em *Cuadernos de Política Criminal*, n. 17, 1982, 287 e ss.

74. Sem embargo, com relação à exclusão do dolo nestes casos a questão não é pacífica. V. sobre isto e o risco permitido, p. e., Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", cit., 230; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 49 e ss.

75. Neste sentido, Alventosa Del / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit.

76. Assim, em caráter geral o Decreto 26.7.1945, pelo qual se aprova o Regulamento para a luta contra as doenças infecciosas, desinfecção e desinsetação; o Real Decreto 30.7.1982, através do qual se ditam normas complementares sobre enfermidades de declaração obrigatória; Resolução da Direção Geral da Saúde Pública de 22.12.1981, com a lista de enfermidades de declaração obrigatória.

77. Outras Comunidades Autônomas que tem ditado disposições semelhantes: Cataluña (O. 16.12.1987), Madrid (D. 21.4.1988), Islas Baleares (D. 7.7.1988), Galicia (O. 7.11.1989), Murcia (O. 28.11.1989).

78. Em termos muito diferentes se tem planteado e resolvido a questão na jurisprudência e na literatura norte-americana, as que provavelmente tem levado muito longe o dever do médico de quebrar o sigilo profissional relativo ao seu paciente com o fim de evitar ou prevenir de perigos a terceiros em relação a outras enfermidades (sobretudo mentais) e o pretendem transladar a esta. V. sobre a discussão, Lee S. Fruman, "Aids and the Physician's Duty to Warn", em *Medicine and Law*, v. 10, n. 5 e 6, 1991, 416 e ss. e 515 e ss.

DOCTRINA INTERNACIONAL

CONTROLE SOCIAL: SUAS ORIGENS CONCEITUAIS E USOS INSTRUMENTAIS*

ROBERTO BERGALLI

(Universidade de Barcelona)

Nas origens da sociologia, o controle social serviu como um conceito central tanto para relacionar esse campo disciplinar da filosofia social como para analisar globalmente as diferentes sociedades. Em seu mais clássico sentido, o conceito se refere à capacidade de um grupo social para regular-se a si mesmo e forneceu uma base para que, pelo menos até 1930, se produzisse uma integração entre teoria e investigação. Enquanto persistiu um emprego tradicional do *controle social*, o termo chegou a ser redefinido para significar socialização ou repressão social. De qualquer modo, ainda que se utilize o significado clássico ou se desenvolva um novo termo para aludir à capacidade que dispõem os grupos sociais de gerar uma regulação própria, tanto a teoria como a investigação sobre o *controle social* nas sociedades pós-industriais terão que se estabelecer a partir da macro-sociologia.

Com esta breve síntese ficam formuladas as vicissitudes que rodearam o surgimento do conceito e sua mais recente aplicação nos estudos sociológicos. No entanto, na tentativa de fazer uma apresentação mais articulada do termo *controle social* e, sobretudo, mais relacionada com outros campos disciplinares limítrofes à sociologia, é imprescindível ampliar esse resumo. De outro modo, assim mesmo, ficariam obscurecidos os empregos ideológicos que dele se fizeram — e são feitos — e, o que é mais, as aplicações empírico-estraté-

gicas tão opostas como visões ou modelos de sociedade que se construíram desde a relação entre a teoria social com a filosofia política.

Esse será o propósito central desta reflexão; quer dizer, procurar uma análise do tema *controle social*, desde as suas origens, em relação com um dos sistemas de pensamento que mais influenciaram a vida real das sociedades contemporâneas. E, ainda que tenha realizado no passado outras tentativas com a mesma orientação (cf. Bergalli 1980; 1989), nesta ocasião procurarei relacionar com maior precisão os aspectos sócio-políticos com que atualmente se destaca o emprego do termo *controle social*, se bem que, por se tratar de uma introdução a colaborações de historiadores, simplesmente ficarei limitado a fornecer as linhas gerais seguidas por uma teoria do *controle social*.

I — Tem sido sem dúvida dois os campos mais relevantes de desenvolvimento do *controle social*: o da teoria sociológica e o da teoria psicológica. Em ambos se produziram avanços capitais que orientaram as reflexões posteriores. Não obstante, convém assinalar por antecipação que, em geral, todas as

* Tradução de Carlos Vico Mañas, Procurador do Estado, Membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Penal da Universidade Braz Cubas.

elaborações formuladas com o referido termo foram produzidas, nos dois campos disciplinares mencionados, no âmbito da cultura científico-social dos Estados Unidos da América do Norte, o que significou uma decisiva adequação sócio-política ao modelo de sociedade ali implantado. Sou consciente que uma afirmação deste talante supõe contrastar a tradição de objetividade e neutralidade valorativa, arraigada naquele âmbito, mas também é necessário demonstrar até que ponto as hegemonias culturais se construíram sobre a base dos processos de dominação política.

Não obstante o afirmado, é oportuno assim mesmo destacar que, no momento em que a teoria psicológica alcançou maior apogeu na Europa — ou seja, com o surgimento da psicanálise —, seu grande difusor não tinha uma compreensão estrutural do meio social no qual a nova técnica iria servir para revelar o grande descobrimento do séc. XX no campo do estudo da conduta humana. Com efeito, quando Freud e seus discípulos colocaram a descoberto o inconsciente, iniciando o questionamento do conceito de enfermidade mental e limitando a velha psiquiatria biológica, o que fizeram foi deslindar um núcleo de conhecimentos mediante o qual se abriu um vasto espaço de investigação a respeito das condutas individuais, ainda que limitado a formas de ação isolada. É verdade que o surgimento do “*inconsciente coletivo*”, na psicologia complexa de C.G.Jung, permitiu uma mais completa e ampliada compreensão do inconsciente, já que integrou os denominados “*arquetipos*” (fascinação entre os homens, problemas de relacionamento, medos e conflitos neuróticos) como símbolos contemporâneos, os quais produzem de modo especial uma regulação da psique (cf. Wyss 1977, 921-922), pois é por intermédio deles que se geram, mas também se curam, as neuroses.

Foi pouco mais tarde, com as propostas da psicologia social e as teorias do aprendizado, aplicadas e desenvolvidas logo no marco de estudo da ação social — as quais serviram a Parsons (1976, esp. 15-36) para analisar o desenvolvimento da personalidade em uma visão sistemática da sociedade —, quando os elementos psicológicos teóricos nutriram a macrosociologia. Este é o momento intelectual em que se produz a convergência real entre teoria sociológica e teoria psicológica. Mas, assim mesmo, com esse momento também se manifesta o ponto de entrelaçamento entre duas distintas versões do conceito *controle social* que são as que permitem a afirmação de um sistema de pensamento nas ciências sociais, o estrutural-funcionalismo, e de um modelo de sociedade que, algo mais tarde, se expandiu da direção daquele sistema, difundido em todo Ocidente por obra do triunfo bélico aliado na II Guerra Mundial.

II — Frente a esta história particular do conceito, que é a que predominou no uso do termo *controle social*, deve-se reconhecer a existência de outra história ao largo da qual, se bem que o emprego do termo não tenha sido explícito, se permitiu colocar em evidência os elementos político-ideológicos que compõem a tradição estrutural-funcionalista. Aludo assim à perspectiva crítica do conceito que iluminou a complexidade na configuração das relações sociais das sociedades industriais, sobre a base do sistema de produção e distribuição dos recursos que as gerencia; vale dizer, a que deu lugar ao estudo analítico das formas de controle em relação aos aspectos estruturais da sociedade. Folga aclarar que foi uma “*sociologia de conflito*” a que permitiu chegar a tais extremos, sobretudo com a análise do fator “*poder*” na constituição da ordem social (v. Gerth/Mills 1970, 273 e ss., cit. em Bergalli 1989 op. cit. XIV-XV).

Em consequência, vale a pena afrontar a significação estrutural-funcionalista de *controle social* que, em atenção às suas origens conceituais, é, sem dúvida, o marco intelectual e o projeto ideológico a partir do qual o termo se expande. Não obstante, deve-se afirmar, como o fez Janowitz (v. 1975, 83), que o surgimento intelectual da idéia de controle social deriva do rechaço às teorias econômicas de interesse próprio. De tal maneira, *controle social* tem sido uma expressão da perspectiva que sustentou que a busca individual de um próprio interesse econômico não pode contar para um comportamento coletivo nem para a existência de uma ordem social e tampouco promove uma base adequada para a obtenção de metas éticas. Muitos dos estudos acerca do *controle social* devem ser entendidos como esforços dos sociólogos para aceitar a relevância, mas, ao mesmo tempo, para identificar as limitações das análises de utilidade marginal.

Em termos formais, pode-se pensar da organização social — tema central da sociologia — como o modelo de influência para um conjunto de grupos sociais. Por conseguinte, o *controle social* não deve ser concebido como o mesmo que a organização social; ao contrário, deve ser considerado como a capacidade de uma organização social regular-se a si mesma, o que geralmente implica num conjunto de objetivos e não apenas em um. Portanto, *controle social* é uma perspectiva que, enquanto se submeta a rigorosas hipóteses de comprovação, requer a explicação de uma posição valorativa.

Controle social não foi originariamente — e, em consequência, não tem sido necessariamente — a expressão de uma perspectiva política conservadora. Muitos sociólogos norte-americanos que empregaram o termo na primeira hora eram ilustres socialistas; outros, estavam vinculados a pontos de vista progressistas.

Não obstante, o que aqui importa enfatizar é que estas precoces formulações são paralelas com os interesses sociológicos contemporâneos em torno da “*maximização valorativa*”. Enquanto o *controle social* envolve a capacidade dos grupos que compõem uma sociedade para que se comportem nos termos de seu conhecimento moral e metas coletivas, isto não implica em um relativismo cultural. Em virtude destas características é que o termo teve continuidade, pois o *controle social* pode ser concebido como um compromisso valorativo que repousa sobre dois elementos: a redução da coerção, ainda que reconheça a subsistência de elementos irreduzíveis de coerção em um sistema de legitimidade política, e a eliminação da miséria humana, embora isto também imponha reconhecer a persistência de um certo grau de desigualdade. Deve-se assim mesmo mencionar um terceiro elemento, que é o compromisso de redefinir as metas sociais com o fim de incrementar o papel da racionalidade, se bem que esta deveria ser considerada inerente aos dois primeiros.

III — O oposto de controle social pode ser pensado como o controle coercitivo, o que se produz quando a organização social de uma sociedade repousa essencialmente e com predomínio na força; a ameaça e o emprego da força. Assim, mesmo nos Estados mais repressivos e totalitários os agentes da repressão estão limitados em princípio por alguns primitivos, ainda que instáveis, conjuntos de normas. No entanto, e ainda que isto seja mais pertinente para uma discussão coloquial, deve-se dizer que qualquer ordem social, incluída a de uma sociedade que possua um sistema relativamente efetivo de *controle social*, requer um mínimo de coerção, mesmo que esta fique circunscrita por um legítimo sistema de normas.

É indubitável que os primeiros sociólogos que falaram nos Estados Unidos de

controle social foram vagos no que concernia às suas noções acerca das metas sociais e do "ideal" de sociedade. O ideal de que freqüentemente falavam não estava melhor definido do que um consenso espontaneamente emergente e aceito. A rigor, não foram além de sustentar um ideal ajustado pelas normas que haviam sido racionalmente aceitas em contraste com as condições do controle coercitivo. Mas, mais tarde, outros sociólogos foram mais específicos a respeito das metas que desejavam ver ampliadas e, por conseguinte, mais precisos acerca da análise de diferentes exemplos e mecanismos de *controle social*.

Não vou reiterar aqui a variedade de tipos e mecanismos de *controle social*, sobre o qual tanto se escreveu ultimamente no âmbito hispânico, repetindo o que nas culturas de origem britânica, italiana, germânica e até japonesa (cf. como exemplo, para os dois últimos casos, Wiegand-Kanzaki/Minamioji 1986) se escreveu desde muito tempo anterior. Cada um desses tipos e mecanismos é o resultado de particularidades variáveis antecedentes e, por sua vez, cada forma tem um impacto diferente sobre o comportamento social. A tarefa de investigação empírico-social é a de analisar as formas e conseqüências do *controle social*, o que supõe tentar uma resposta à hipotética questão acerca de quais formas de *controle social* são mais efetivas, isto é, quais delas capacitam um grupo social para regular-se a si mesmo em termos de um conjunto de legítimos princípios morais e produz a redução do controle coercitivo?

Esta aproximação nega explicitamente a afirmação de que a organização social por si mesma representa personalidade, criatividade e a solução de problemas sociais. Em termos mais simples, o *controle social* não pressupõe a realização da estabilidade coletiva, ainda que o resíduo dos pontos de vista clássicos sobre o termo seja aquele que lhe atribui a

capacidade de recompor as brechas, as tendências e as tensões de qualquer sociedade, agrária, industrial ou industrialmente avançada. O problema é saber se os processos de *controle social* são capazes de manter a ordem social enquanto tomam lugar a transformação e o câmbio social. Sob este ponto de vista não há problema para que se tente um paralelo entre controle social e estabilidade ou repressão. O argumento é que neste ponto o relevante é precisamente o oposto; pode-se dizer que o *controle social*, enquanto seja efetivo, *motiva* os grupos sociais.

Um aprofundamento na idéia de *controle social* justifica o reconhecimento (manifestado por Janowitz *op. cit.*, 85) que sua aparição responde, de boa forma, às contínuas críticas e respostas ao modelo de *Gemeinschaft-Gesellschaft*. Sob a influência do pragmatismo filosófico e o impacto da investigação empírica, as categorias dicotômicas de *Gemeinschaft-Gesellschaft* (estabelecidas em Tönnies, em 1857) se mostram como muito simplificadas e inadequadas; esta reflexão não só se relaciona com a exposição original de tais categorias como também com as correntes representadas por outros escritores que fixaram categorias paralelas, tal como ocorreu com Henry Maine (*Statusy contrato*), Émile Durkeim (*solidariedade mecânica e orgânica*), Charles Horton Cooley (*grupos primários e secundários*), Robert Redfield (*cultura folclórica e cultura urbana*), Louis Wirth (*urbanismo como meio de vida*), Ralph Linton (*adscrição e realização*) e Talcott Parsons (*variáveis de modelos*). Os elementos convergentes que emergem destas formulações tiveram um poderoso impacto sobre a análise e a teoria sociológica. Mas, ao mesmo tempo, existe toda uma tradição crítica sobre os textos de Tönnies e daqueles que seguiram suas formulações, o que se estende ao próprio modelo de *Gemeinschaft-Gesellschaft*. Entre os sociólogos europeus que divergiram das

orientações de Tönnies, deve-se incluir a Georg Simmel (1922, 305-344), Herman Schmalenbach (1961), Theodor Geiger (1926, 1963) e Rene König (1955). A evidência de fontes antropológicas e sociológicas, acumulada empiricamente com uma perspectiva histórica, indicou que as sociedades agrárias não são entidades *Gemeinschaften* por inteiro, tal como Tönnies empregou o termo. A insuficiência do modelo para acolher a variedade de coletividades solidárias que surgem nas sociedades industriais avançadas merece que seja mencionada.

Muitas das críticas formuladas ao enfoque da "*Gemeinschaft-Gesellschaft*" não constituem um esforço para repelir sua relação com a transformação social. Ao contrário, pressupõe uma tentativa para reconstruir tal enfoque e fazê-lo efetivamente aplicável à análise das rotas alternativas que seguiram as distintas sociedades na história para converter-se em urbanizadas e industrializadas. Não é fácil, mas tampouco impossível, pensar no surgimento da sociedade moderna em termos de uma transformação "*evolutiva*", da "*comunidade*" para a "*sociedade*", o que produz um número limitado de variáveis básicas e de um modelo linear de câmbio social. Tudo isto faz supor que as críticas tiveram a consequência de liberar o modelo de sua carga histórica e mitológica, para reacomodar suas dimensões conceituais e variáveis em hipóteses verificáveis.

Como resultado de tudo isto, a noção de *controle social* terminou por ser formulada e elaborada com o objetivo de prover um enfoque mais adequado para os problemas de transformação e de ordem social. De tal modo, as teorias sociológicas sobre a ordem social chegaram a repelir a afirmativa de que aqueles aspectos que puderam aproximar a estrutura social da idéia de *Gemeinschaft* são unicamente resíduos de algum estágio prévio de organização social, enquanto a perspectiva de *Gesellschaft* constitui a

realidade da sociedade industrial e urbana. Ao contrário, a organização social, em todo momento histórico, encerra elementos elaborados e essenciais de ambas dimensões "*Gemeinschaft e Gesellschaft*", de variados alcances, intensidades e consequências. A análise sobre o *controle social* deve então ter em conta a interação de referidas variáveis, que podem ser relacionadas aos atributos respectivos das duas dimensões. Ademais, o conceito de *controle social* está diretamente vinculado à noção de ação voluntária, às ações e propósitos humanos articulados entre si; isto é, com variados esquemas de meios e fins. Por conseguinte, este conceito surge concebido para evitar que a sociologia sobredeterminista se manifeste como inerente ao modelo "*Gemeinschaft-Gesellschaft*". O *controle social* oferece um plano de influência baseado na noção de interação e de relações mútuas (*de dupla via*) entre os grupos sociais. Mas, ao falar de influência mútua, deve-se dizer assim mesmo que não é fácil negar os elementos de desequilíbrio e desigualdade com que quase sempre se manifestaram as relações sociais.

IV — Os sociólogos que empregaram o conceito de *controle social* seguiram, com efeito, o guia intelectual de Auguste Comte, para quem o problema central da análise sociológica era o impacto da industrialização sobre a ordem social e as consequências do resultante individualismo sobre a ordem moral. Obviamente, os escritores clássicos, como Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber se orientaram a si mesmos sobre as questões assinaladas por Comte. Em consequência, boa parte do conjunto dos escritos sociológicos sobre macrosociologia pode ser traduzida em uma linguagem própria ao marco do *controle social*, mas, ao fazer isto, corre-se o risco de obscurecer, ao invés de aclarar, as questões envolvidas pelo referido termo. Em todo caso,

é sempre preferível concentrar-se diretamente sobre aquelas diferentes correntes sociológicas que fazem uso explícito, ainda que em grau distinto, da idéia de *controle social*. Mesmo que isto tenha ocorrido principalmente com aquelas correntes norte-americanas, também influenciou a investigação e o pensamento europeus em que se manifesta uma unidade e elaboração contínua.

Há alguns elementos que confirmam este avanço. Em primeiro lugar, pode-se dizer que os primeiros sociólogos que se ocuparam do tema e, posteriormente, os que os seguiram, expressaram um ponto de vista filosófico vinculado com os limites da racionalidade na busca de objetivos sociais e morais. Tal ponto de vista refletiu um certo pragmatismo na maioria desses sociólogos, ainda que poucos deles tenham considerado aspectos fenomenológicos. Um elemento essencial desta orientação está constituído pela resistência ou, melhor, evitação de todo idealismo ou materialismo. Em segundo lugar, pode-se ressaltar que os estudiosos do *controle social* mostraram-se interessados pelas relações informais, cara a cara, como aspectos da estrutura social. Isto significa, em uma linguagem sociológica contemporânea, preocupação com a zona intermediária entre as análises micro e macroestruturais. Por último, deve-se destacar que o estilo desenvolvido por esses sociólogos esteve permanentemente caracterizado pelo interesse persistente na exploração empírica de suas idéias. Este foi um elemento relevante, pois eram muito auto-críticos em relação às técnicas empíricas empregadas, continuamente lançados na busca de vários tipos de documentação e dados, e plenamente conscientes acerca das complexidades e o caráter escorregadio da prova em sociologia.

Em consequência, pode-se afirmar que existe uma linha direta de continuidade intelectual desde os primeiros esforços

tendentes a formular os elementos componentes do *controle social* até seus empregos pela contemporânea sociologia empírica, informada de seu passado intelectual e seus propósitos teóricos. O conceito implica, a duras penas, que o assunto central da sociologia é a "*acomodação*" dos homens à existente realidade social; ao contrário, desde seu emprego original, o impulso desta corrente sociológica esteve posto nos esforços das pessoas para alcançar suas metas coletivas. A continuidade entre os primeiros estudiosos do *controle social* e os esforços particulares na investigação contemporânea se encontra manifestada em trabalhos como, p. ex., a penetrante investigação sobre delinquência juvenil de Albert J. Reiss Jr. (c. 1951). Ao transformar a análise operativa em termos conceituais de controle social, este autor se refere à "*capacidade de os grupos sociais ou as instituições para fazer normas ou regras efetivas*".

Existe igualmente uma continuidade entre as originárias análises sobre o *controle social* — que incluíram o estudo dos movimentos sociais e políticos, ou seja, os processos de revolução, protesto e construção institucional, tal como foi exposto no influente estudo de Lyford Edwards (cf. 1927) — e o interesse contemporâneo sobre o comportamento coletivo. Desta maneira, pode-se dizer que a atividade teórica e empírica dos sociólogos que seguiram a orientação do *controle social* consistiu — e consiste — em verificar e quantificar, na medida do possível, a magnitude das variáveis que facilitam ou dissimulam a ação grupal de coletivas metas morais.

Os primeiros sociólogos que pensaram em termos de controle social trabalharam sobre específicos temas empíricos e, a seu tempo, aplicaram seus esforços em um amplo campo de tópicos registrados pela investigação social. A princípio, tenderam a concentrar-se em questões

macrosociológicas, como o direito e a criação de leis ou códigos legais, o surgimento da opinião pública e o comportamento coletivo ou a comunicação informal e por intermédio dos meios massivos, da mesma forma que a respeito de outros elementos “*tradicionais*”, como o costume, os usos e a religião. Um dos mais respeitáveis representantes desta tradição intelectual, destacou enfaticamente a centralidade destes processos de “*persuasão, debate, discussão, educação, negociação, procedimentos parlamentares, diplomacia, pactos, adjudicação, relações contratuais e compromissos*”. Para este autor, tais processos tinham que servir como meios com o fim de alcançar um grau suficiente de acordo para fazer possível a vida corrente de uma sociedade, não obstante as visíveis diferenças (v. Wirt 1948, 31-32).

A esta altura da exposição convém assinalar, por último, uma advertência: muitas das análises empíricas e substantivas sobre o *controle social* se relacionam com “*normas*” e com o comportamento normativo, recordando que as normas são usadas com frequência como indicadores de *controle social*, ou seja, como variáveis dependentes deste. Mas, o *controle social* não repousa exclusivamente em uma concepção normativa dos elementos da organização social e da sociedade, ainda que isto não tenha sido assim originariamente, mas assim deve servir como guia para a investigação empírica e a codificação de seus achados. Ao contrário, a cada vez mais exaltada relevância da teoria do *controle social* nas formações sociais contemporâneas, coloca em evidência que suas presunções e variáveis devem incorporar as dimensões ecológicas, tecnológicas, econômicas e institucionais da organização social. Este é o ponto no qual fenece um dos usos instrumentais e ideológicos que se fez do termo *controle social*. Por certo, também coincide com o esgotamento de um modelo de

organização social como resultado da crise que aflige ao tipo de desenvolvimento gerado no marco intelectual do estrutural-funcionalismo. A situação teórica que isto provoca não seria tão grave, como não foi em outras épocas históricas em que se produziu a consumação de outro modelo social hegemônico. Mas, em momentos que se pretende fixar o “*fim da história*”, planetarizando única possibilidade de desenvolvimento, na qual, definitivamente, aqueles que não superarem os níveis mínimos da sociedade dualista estão condenados à submissão, à exploração, à marginalização ou à exclusão, é imprescindível uma nova “*imaginação sociológica*”. Nesta, por ora, utópica era o termo controle social irá encher-se de novos conteúdos conceituais.

Bibliografia

- BERGALLI, R. (1980), “La ideologia del control social tradicional”, in *Doctrina Penal — Teoria y Práctica de las Ciencias Penales*, ano 3, edições Depalma, Buenos Aires, 805-818; em italiano: “L’ideologia del controllo sociale tradizionale”, em: *Sociologia del diritto*, VIII, 3, Franco Angeli editore, Milano, 1981, 57-69.
- BERGALLI, R. (1989), “Introducción a la Primera Parte: España”, de: R. Bergalli e E.E. Mari, “Historia ideológica del control social: España-Argentina”, siglos XIX y XX, colec. *Sociedad-Estado* n. 5, PPU, Barcelona, IX-XXIII.
- EDWARDS, L. (1927), *The natural History of Revolution*, University of Chicago Press, Chicago.
- GEIGER, Th (1926), *Die Masse und Ihre Aktion: ein Beitrag zur Soziologie der Revolutionen*, Enke Verlag, Stuttgart.
- GEIGER, Th (1963), *Demokratie ohne Dogma; die Gesellschaft zwischen Pathos und Nuchternheit*, Band 5, Sczesny Verlag, München.
- GERTH, H., Mills Ch.W. (1970), *Person und Gesellschaft Die Psychologie sozialer Institutionen*, Frankfurt a.m. — Bonn; há versão em castelhano (do original em in-

- glês), *Carácter y estructura social*, ed. Paidós, Buenos Aires 1963.
- JANOWITZ, M. (1975) Sociological Theory and Social Action, in: "American Journal of Sociology", vol. 81, n. 1 (July), The University of Chicago Press, Chicago, III, 82-108.
- KÖNIG, R. (1955) Die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft bei Ferdinand Tönnies: in "Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie", Band 7, 348-420.
- PARSON, T. (1951) The social System, The Free Press of Glencoe, Glencoe III; há versão em castelhano (trad. J. Jiménez Blanco e J. Cazorla Pérez), El Sistema Social, Biblioteca de la revista de Occidente, Madrid 1976, 2.^a ed.
- REISS, A. Jr. (1951) "Delinquency as the Failure of personal and social Control", em: *American Sociological Review*, v. 16, n. 2, (April), The University of Chicago Press, Chicago III, 196-206.
- SCHMALENBACH, H. (1961) "The Sociological Category of Comunión", em: T. Parsons and E. Shils eds. *Theorie of Society*, The Free Press of Glencoe, Glencoe III, 331-347.
- SIMMEL, G. (1922), *Soziologie*, Duncker & Humblot, München.
- TÖNNIES, F. (1887) *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Reiland Verlag, Leipzig.
- WIEGEND-Kanzaki, A./Minamioju, Sh (1986) "Gewissen und soziale Kontrolle" in *Deutschland und Japan*, Konigshausen-Neumann, Würzburg.
- WIRTH, L. (1948) "Consensus and Mass Communications", em *American Sociological Review*, v. 13, n. 1 (February), The University of Chicago Press, Glencoe III, 1-15.
- WYSS, D. (1977) "Das Kollektive Unbewusste", em *Grundfragen der analytischen Psychologie C. G. Jungs*, v. *Klinische Psychologie* 8 Band (I. Halbband) de: L. J. Pongratz (Hrsg) e K.H. Wewtzer, *Handbuch der Psychologie*, Verlag für Psychologie Dr. C.J. Hogrefe, Gottingen-Toronto-Zurich.

DOUTRINA INTERNACIONAL

NOTAS SOBRE A NOVA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE DROGAS

JOSÉ MOURAZ LOPES

Juiz de Direito em Portugal

A publicação do Dec.-lei 15/93 em 22 de janeiro, na sequência da Lei de Autorização Legislativa 27/92 de 31 de Agosto, que revê a legislação vigente em matéria de combate a droga — Dec.-lei 430/83 de 13.12 — não pode deixar de suscitar alguma atenção crítica, tanto mais que a matéria em causa, porque altamente complexa, suscita um conjunto de dúvidas que superam em muito as certezas que sobre as questões de drogas se têm.

Evolução legislativa

A regulamentação da matéria relativa a estupefacientes, sabida a necessidade de utilização científica e médica de produtos que hoje são comumente tratados como “malditos” sofreu ao longo do século em Portugal — e no resto do mundo — alterações significativas.

A Lei 1.687 de 9.12.1927, regulamentada pelo Dec. 10.375 da mesma data, restringiu a importação para consumo do ópio bruto, ópio oficial, alcalóides (morfina, codeína, narceína, papaverina, narcotina e outros), todos os preparados opiados, os sais e derivados dos alcalóides do ópio (heroína, dionina e outros), a cocaína e seus derivados e cegonina, apenas para efeitos médicos e científicos legítimos e mediante certificado da Direcção Geral de Saúde.

A venda e distribuição publica de tais produtos, efectuada apenas por farmácias e estabelecimentos científicos, exigia, no entanto, receita médica às primeiras e

prova de que o consumo era “para fins legítimos”, para os segundos.

Importa referir que a falta de observância daqueles requisitos era punida com multa de “6\$00 a 900\$00”, sendo a reincidência punida com “o máximo da multa e prisão correcional”.

Na mesma Lei punia-se também como “delito de contrabando” a “importação e exportação” dos produtos referidos.

Se a penalização das condutas referidas — importa constatar que a figura do consumidor não é objecto de qualquer tratamento juridico penal — é, com aquele diploma, ténue, dois anos passados e logo o Dec. n. 12.210 de 24.8, “considerando que o tráfico ilícito de tais drogas de tam perniciosos efeitos tem de coibir-se pela aplicação de penalidades severas” e ainda aplicando as estipulações da Convenção do Ópio, subscrita em Genebra em 19.2.1925, alterou quase radicalmente o panorama normativo vigente.

Não só o número de substâncias psicotrópicas sujeitas ao controle legal foi substancialmente aumentado, como também se tipifica, pela primeira vez a figura do tráfico, criminalizando-o.

Assim, “todo aquele que, sem estar autorizado a negociar com drogas medicinais, importe ou exporte, detenha, prepare, compre ou venda, ofereça à venda ou pretenda comprar ou forneça de qualquer modo, mesmo gratuitamente, os produtos designados (...) será punido com prisão correcional até um ano e multa até 5 000\$00”.

Tal crime cumulava-se, no entanto, com uma eventual transgressão fiscal, que sempre acompanhava a falta de observância das regras, apertadas, do comércio de substâncias psicotrópicas.

No mesmo diploma punia-se também, como crime, a conduta dos farmacêuticos, importadores, depositários, fabricantes ou comerciantes de drogas que fornecessem os produtos sujeitos aos condicionalismos legais de distribuição, fora do uso médico ou científico.

Curiosa era, na referida lei, a expressa referência feita aos autores dos crimes que fossem estrangeiros, cominando-se-lhes uma pena acessória de expulsão do território nacional.

Sendo naquela lei o tráfico ilícito o verdadeiro fim a atingir com a criminalização das condutas, aí se consagrava uma norma que impunha que à execução das penas correccionais só excepcionalmente poderia aplicar-se a suspensão.

Mais uma vez o legislador deixou de fora a punição “qua tale” do consumidor de estupefacientes.

É já no final da década de sessenta que a legislação penal relativa ao consumo e tráfico de estupefacientes sofre uma significativa modificação, na sequência dum conjunto de situações socio políticas que provocaram o aumento significativo do uso e consumo de estupefacientes.

Acompanhando as políticas criminais então seguidas noutros países, onde o problema da droga se fazia sentir com mais acutillância — caso dos E.U.A., sobretudo após a guerra da Coreia e todo o movimento social que se lhe seguiu — o legislador português de 1970, com Dec.-lei 420/70, de 3.9 assumindo expressamente esse aumento de consumo em Portugal e ainda tendo presente “... os perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos e a sua não rara interpretação com o fenómeno da delinquência”, veio pela primeira vez criminalizar o uso pessoal (ou consumo) de substâncias estupefaci-

entes, cominando ao agente uma pena de prisão até dois anos e multa de 5000\$00 a 50 000\$00.

Se a punição do tráfico de estupefacientes era nesta lei substancialmente agravada — pena de prisão maior de dois a oito anos e multa de 10 000\$00 a 100 000\$00 — a estrutura da lei não pode deixar de reflectir essa necessidade de sancionar a todo o custo o consumo de estupefacientes e as actividades com ele relacionadas.

Normas como o art. 4º n. 1, que cominando uma pena de prisão de seis meses a dois anos e multa para “quem, por efeito do uso habitual de estupefacientes, se torne perigoso para si ou para outros, ou provoque escândalo publico” ou como o n. 2 do mesmo artigo que estabelece idêntica pena para quem “consume estupefacientes na presença de terceiros com a consciência de poder incentivar ou difundir o uso de estupefacientes” ou ainda o art. 5º n. 2 que pune com prisão até três anos “aquele que forneça indicações falsas para obter uma receita ou requisição de estupefacientes”, demonstram inequivocamente o objectivo principal do legislador — irradiar o consumo de estupefacientes.

Numa outra perspectiva o referido Dec.-lei utiliza pela primeira vez o sistema de tabelas ou listas de produtos proibidos, anexas ao Dec.-lei, face ao aumento da “oferta publica” de tais produtos, técnica que desde então vem sendo utilizada.

Importará apenas reter que com a referida Lei, a inversão da política criminal até então seguida — a erradicação e consequente punição do tráfico — foi substancialmente alterada, dando-se primazia, agora, à punição do consumo.

Treze anos passados e surge o actual diploma que regula a prevenção o tratamento e combate ao tráfico de estupefacientes — Dec.-lei 430/83 de 13 de Dezembro.

Partindo de uma filosofia básica quase que oposta ao anterior decreto lei, são

duas as grandes linhas que transparecem do regime então fixado e que ainda se mantém.

Assim, a certeza e a necessidade de reprimir o tráfico, por um lado e a dúvida sobre o que fazer ao toxicodependente, são as condicionantes de todo o Decreto lei.

Se as penas severas para o crime de tráfico de estupefacientes não suscitaram dúvidas ao legislador, bem como o tratamento de tal crime ao nível da criminalidade violenta para efeitos, nomeadamente, de normas do processo penal, a manutenção do crime de consumo de estupefacientes, embora com um sentido totalmente diferente do tipo referido na anterior lei suscitou, mesmo ao legislador, algumas dúvidas, tendo em conta não só as experiências de descriminalização de outros países, como também a eficácia de tal regime.

Mas a necessidade de encarar o toxicodependente como alguém que necessita de assistência médica é talvez a grande lição que o Dec.-lei 430/83 transmite a quem com ele trabalha diariamente.

Importa no entanto atentar que, as circunstâncias sociais em que foi elaborado não eram de molde a conseguir grandes consensos, o que se reflectiu necessariamente nas opções do legislador de então.

A nova lei

Enquadramento

Tendo por base um projecto de lei apresentado por uma comissão especialmente nomeada para rever a legislação vigente, trabalho esse elaborado ao longo dos últimos dois anos, desde já importa constatar que o trabalho final apresentado é, como poucos têm sido, extremamente cuidado, quer nos seus aspectos técnicos quer nos seus aspectos substantivos.

O Dec.-lei 15/93 de 22.1 revê minuciosamente a lei anterior, quer adaptando-a aos instrumentos legislativos internacio-

nais a que Portugal se vinculou — Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988, aprovada pela Res. 29/91 da AR e o Dec. n. 45/91 do Presidente da República de 6.9.91; Convenção relativa ao branqueamento, despistagem, apreensão e perda de produtos do crime, elaborada no Conselho da Europa e assinada em "8.11.91 e ainda, no âmbito das Comunidades Europeias, a Directiva do Conselho de 10.6.1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeito de branqueamento de capitais, publicada no JO de 28706791 — quer reformulando a Lei de acordo com os novos Códigos Penal e Processual Penal (e, eventualmente as revisões que a estes se avizinham), quer, por último, acrescentando e corrigindo pontualmente a Lei antiga.

Sobre o consumo de estupefacientes

A matéria relativa ao tratamento jurídico das questões relativas à droga não é susceptível de gerar consensos.

Desde logo, como paradigma de tal incerteza doutrinária, surge a questão da inclusão ou não em tipo criminal do consumo de estupefacientes.

Do debate, gerador de muitas dúvidas e muito poucas certezas, resultou o tratamento legal da questão, divergente em vários países da Europa.

Porque é, também por aqui, que uma verdadeira política de combate ao tráfico de droga deve, obviamente, passar, o legislador português não ultrapassou, ainda, o obstáculo da criminalização do consumo de estupefacientes, sendo certo que outros países europeus já o fizeram — veja-se a exposição de motivos do projecto de Decreto Lei, onde exaustivamente se referem as soluções europeias mais modernas no sentido de administratizar a punição do consumo de estupefacientes.

Assim, em matéria de consumo de estupefacientes, nada de novo, com importância, surge na nova lei.

Se é tráfico de droga o alvo que se pretende atingir com a presente Lei (como já era na anterior) e não o consumo — porque constatado está que não é a criminalização da actividade do consumidor que faz cessar o consumo ou o diminuir — a incongruência da Lei, ao criminalizar o consumo, é flagrante.

Incongruência que é, também, manifesta ao estabelecer-se um novo tipo de crime — abandono de seringas, art. 32º — que naturalmente vai apenas penalizar o consumidor.

Se a eficácia desta norma é obviamente nula — basta pensar em quem se injecta, na situação em que normalmente o faz e no momento seguinte ao referido acto — a criação de um tipo de crime daquela natureza, não faz grande sentido.

Em linguagem econômica dir-se-ia que a utilidade marginal do novo tipo de crime é negativa.

E nem se diga, para justificar o referido tipo de crime, que o mesmo só existe se o abandono da seringa for intencional.

A dificuldade de obtenção de prova de tal situação pode levar à intervenção dos órgãos de policia criminal, e, consequentemente do Ministério Publico, com base no conceito processual de indícios suficientes sabido que, afinal, se torna quase impossível fazer prova em juízo, tendo entretanto o toxicodependente passado por um processo moroso nas instâncias formais de controlo, que em nada o ajudou.

O tráfico e a sua penalização

Como já se referiu uma das grandes virtudes da Lei é o seu rigor técnico.

É de salientar, para além das intervenções correctivas em normas vindas do anterior Decreto, a criação de um tipo específico de crime de tráfico dos chamados precursores — substâncias utilizadas na produção ilícita de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a criminalização das actividades de bran-

queamento de capitais provenientes do tráfico ilícito e, ainda a criação de um crime específico de associação criminosa relativo ao tráfico.

Três novos crimes que, face à importância que revestem num efectivo combate ao tráfico, são o que de mais importante certamente surge na Lei.

Não pode deixar de se fazer referência ao novo crime de Tráfico de menor gravidade, naturalmente punível com pena muito mais leve, onde sobretudo importa destacar, pela sua frequência, a relevância dada ao tratamento jurídico da diversidade da qualidade ou quantidade de plantas, substâncias ou preparados objecto de tráfico.

Importa atentar que, mais uma vez, a necessidade de alterar o projecto de Lei, correctamente elaborado na sua essência, levou legislador na Lei de autorização Legislativa a introduzir uma alteração profunda na moldura penal proposta pela comissão — e estabelecida no projecto — no crime de tráfico de estupefacientes.

Satisfazendo o rol de críticas que vinham sendo formuladas, sobretudo pela Jurisprudência (especificamente a do Supremo Tribunal de Justiça), a severidade da pena mínima do crime em causa (seis anos de prisão) e que levava a situações injustas — por vezes terríveis, quando impossível se tornava utilizar o “estratagemma” da atenuação especial —, a comissão baixou a referida moldura para dois anos de prisão.

E fê-lo consciente e justificadamente, como se pode ver no relatório de motivos do projecto, fundamentando a sua opção nas críticas feitas ao sistema vigente e nos resultados e finalidades pretendidas com a punição — tratar diferentemente o diferente tipo de tráfico.

Ora o Legislador alterou essa proposta para 4 anos de prisão, na moldura mínima, continuando, assim, a possibilitar a existência de situações concretas criticáveis que estiveram na origem da modificação da Lei.

Se algumas das razões justificativas da comissão e das críticas formuladas pela jurisprudência ao regime do Dec.-lei 430/83 ainda se mantêm, importa não esquecer que com a solução encontrada, cerceada fica a possibilidade de utilizar o art. 16º n. 3 do CPP, pelo menos enquanto se mantiver o regime actual desta norma.

Ainda no âmbito do crime de tráfico de estupefacientes importa salientar a modificação efectuada no tipo de crime agravado (aplicável também aos novos crimes relativos aos precursores e ao branqueamento) que vê agora o seu âmbito muito dilatado.

Quer a profissão do agente (a específica relação deste com serviços públicos — caso dos médicos, farmacêuticos, funcionários do serviço prisional e social, docentes — ou que possibilitem uma mais fácil possibilidade de tráfico — caso dos serviços de telecomunicações) quer o local da infracção (caso de escolas, estabelecimentos prisionais e instalações militares) quer mesmo a adulteração dos produtos são agora penalizados, de acordo aliás com a necessidade prática de acautelar ainda mais quer os serviços públicos, quer a saúde pública.

Questões processuais

No domínio da inversão do ônus da prova no que diz respeito a origem ilícita dos produtos ou bens passíveis de apreensão por crimes de tráfico de droga, o legislador — e aqui seguindo rigorosamente o projecto — não ousou inovar, como aliás é admitido na Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes, para enfrentar a gravidade da situação.

Se a Convenção pensando a justeza prática da solução, consagrou tal solução legal, para assim definitivamente obstar ao enriquecimento de pessoas à custa do tráfico, outras instâncias e organizações recomendaram a inclusão de tais normas em Leis anti-droga.

Foi omissa, no entanto, a resposta do legislador a tal fundada reclamação, continuando a exigir-se para que sejam declarados perdidos a favor do Estado, que os objectos direitos e vantagens adquiridos pelos agentes do crime sejam obtidos através da infracção — ver art. 36º do Dec.-lei.

Face à amplitude dos rendimentos obtidos com o tráfico e às suas consequências no tecido social dos mais variados países, só uma situação em que sobre os arguidos condenados por tráfico recaia o ônus da prova de que os bens de que ao tempo do facto eram titulares não resultam da referida actividade, poderia desmotivar e erradicar a razão de ser do tráfico — a obtenção de lucros exorbitantes imediatos, à custa do consumidor.

Mas mesmo não aceitando tal posição, pelo menos uma mais adequada repartição do ônus da prova seria desejável.

Assim, deixando ao Ministério Público a prova de que o arguido (condenado por tráfico) não exerceu qualquer actividade económica de que pudessem resultar proventos da ordem dos que possui, exigindo-se ao arguido a prova em contrário.

Dois reparos ainda sobre matéria de índole processual penal referidos na Lei.

A primeira questão — problema com raízes bem fundas no fundamento do próprio direito processual penal — relaciona-se com o disposto no art. 31º do Dec.-lei (já existente na actual Lei, no art. 31º) relativo à impunidade quase total (nomeadamente a dispensa de pena) que é facultada ao “arrependido” — aquele que auxilie concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Se a figura é só por si doutrinal e jurisprudencialmente discutível e discutida, face à sua eventual colisão com outros valores, nomeadamente, de ordem

moral, a posição adoptada de possibilitar a dispensa de pena do delator, não foi (em 1983) e não é com certeza a mais pacífica — veja-se a situação noutros países, nomeadamente a Itália onde se prevê apenas a redução parcial da pena a aplicar ao colaborador.

Uma segunda questão prende-se com a consagração na nova Lei da possibilidade de substâncias poderem ser substituídas, parcialmente, por outras inócuas, para efeitos de detecção de produtos em trânsito — art. 61º n. 4 do projecto.

Importa referir que a referida possibilidade apenas é permitida quando se trate de substâncias em trânsito, ou seja, não sendo Portugal o País destinatário, devendo sempre existir o acordo da autoridade do País de destino.

Não pode, por isso, a título algum ser utilizado tal possibilidade em quaisquer outros casos, nomeadamente interpretar a norma no sentido de a expandir a casos de tráfico interno ou mesmo internacional, mas cujo destinatário seja Portugal.

Por outro lado a adequação constitucional da referida norma ao art. 32º n. 6 da Constituição, legalidade e legitimidade da obtenção do meio de prova, deixa-nos muitas dúvidas.

O referido dispositivo possibilita directamente a obtenção de prova através de meios enganosos e, como tal, nulo, à face da lei — art. 126º do CPP.

Repara-se que, aceitando, como refere Costa Andrade in “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra, 1992, p. 236, que “apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova” a situação em apreço dificilmente escapará a tal nulidade.

Também no referido artigo, no seu n. 8, importa atentar na posição aí estabelecida que entrega a um Magistrado do Ministério Público competente da comarca de Lisboa, o despacho sobre os pedidos de entrega controlada, a que se refere o artigo.

Tal normativo não pode deixar de ter presente o disposto no C. Processo Penal (art. 17º, 179º a), 268º d) e 269º b) que apenas possibilita ao Juiz de Instrução a intervenção na apreensão e interceptação de correspondência, certo e sabido que a correspondência é um meio privilegiado de passagem de estupefacientes.

De idêntica forma, não pode ignorar-se o papel do Juiz de Instrução no Código de Processo Penal na e para a autorização para a prática de determinados actos no inquérito e na instrução, mesmo no âmbito da detecção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas em trânsito.

Coimbra, Setembro de 1992

DOUTRINA INTERNACIONAL

POLÍCIA E DEMOCRACIA*

JOSÉ MARIA TIGERINO PACHECO

Procurador Geral da Costa Rica

A relação entre os conceitos “polícia” e “democracia” teria sido pelo menos considerada suspeita em outros países e em outros tempos, nos quais “democracia” foi uma palavra subversiva, ou melhor, antônima de “polícia” que evoca ordem, autoridade, quando não imposição e autoritarismo.

Mas, na Costa Rica, e em uma conferência que não é somente policial, mas também de justiça criminal, e próxima do final deste século, que termina ainda perplexa com o desmoronamento de um sistema fundado no autoritarismo mais desapiedado, não pode mais haver dúvida sobre a importância da união entre os dois conceitos.

Nós acreditamos que, assim como há uma história negra da polícia, permeada por abusos de poder em todas as suas manifestações, as autoridades de uma sociedade democrática têm o imperioso dever de escrever outra história; uma que reivindique um serviço essencial para qualquer comunidade, — a da ordem —, entendida não como a opressão da dignidade humana, mas sim como garantia dos direitos de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer classe.

Uma realidade inofismável é a de que a polícia, onde estiver, será sempre a expressão do poder. Se este poder não emana do povo, se não é representativo da vontade popular, será inútil pretender que a polícia atue na salvaguarda dos direitos do cidadão. Será, ao contrário, odioso instrumento de repressão política, corpo, não só separado do resto da sociedade, mas também seu inimigo declarado. Estaremos

perante um fenômeno social patológico, um verdadeiro monstro.

Da mesma forma, a existência de um governo representativo, de uma sociedade democrática, não é em absoluto garantia de que tal sociedade conte com uma polícia que concorde com seus princípios.

Não existe nenhuma nação na Terra, nem sequer a costarrriquenha, em que pese um famoso texto de ilustre visitante sobre ela e a liberdade, que não engendre indivíduos radicalmente antidemocráticos.

O paradoxo da democracia consiste em que também deve se fazer respeitar os direitos de seus inimigos, inclusive o direito de atacá-la, quando seu exercício não seja senão a expressão da liberdade de pensamento.

Esta situação, inconcebível em outros regimes políticos, obriga a uma permanente e cotidiana luta. Há que se defender a democracia todos os dias; pela sua fragilidade, ela está exposta a todos os ataques e muitos deles se fazem, outro paradoxo, em seu próprio nome.

A experiência ensina que, quando uma sociedade empreende o árduo caminho da democratização, encontra em alguns setores das forças policiais, muito identificados geralmente com as forças armadas, um certo grau de resistência. Pareceria, assim,

* Este artigo foi traduzido por Roberto Maurício Genofre, professor de Processo Penal na Faculdade de Direito da PUC-SP, e corresponde ao texto de palestra proferida pelo autor em São José da Costa Rica, quando da IX Conferência Policial e II Conferência de Justiça Criminal da América Central e do Caribe.

que há uma tendência nestes setores de se transformar num dos últimos redutos do autoritarismo do antigo regime.

Sua atitude é compreensível; o exercício do poder é gratificante e o de um poder ilimitado, mais gratificante ainda. Mas, esta atitude não pode, sob qualquer pretexto, justificar-se e, se desejarmos a consolidação do regime de direito, esta situação somente pode ser aceita transitoriamente, como algo passageiro, que necessariamente deve estar condenada a desaparecer em um prazo razoável.

O regime democrático precisa da polícia para subsistir. Mas, para evitar que ele não se desnature, para não ser mera fachada, para não trair a si mesmo, deve ser coerente com seus princípios.

Uma sociedade democrática exige uma polícia diferente de uma sociedade não democrática. Não há outra opção.

Surgem aqui algumas perguntas: Como deve ser a polícia de uma sociedade democrática? Em que se diferencia da polícia de um regime de força?

As respostas não de ser encontradas nos princípios que a inspiram, nos fins que persegue, em seus procedimentos, na subordinação às autoridades eleitas livremente pelo povo, em sua conformidade orgânica e no controle que o restante da sociedade, e não só as autoridades superiores, exercem sobre ela.

Os princípios inspiradores da ação da polícia de uma sociedade democrática devem ser exatamente os mesmos que regem o processo político desta sociedade.

A polícia não pode se opor a estes cânones porque deixaria de estar a serviço da sociedade. Há uma insanável contradição quando as forças policiais sustentam seus próprios valores, distintos dos da sociedade. De servidora se converte em opositora, em ameaça, em desvio social.

Os fins da polícia da sociedade democrática devem ser a proteção dos direitos e liberdades de todos os cidadãos e a defesa do regime de direito.

A polícia não deve se identificar com

nenhum partido político, credo religioso ou grupo social determinado. Deve estar ao serviço da sociedade como um todo e não ao de um setor desta sociedade, se não quiser se converter em vulgar bando armado.

Os procedimentos da polícia de uma sociedade democrática devem ser aqueles fixados pelo ordenamento jurídico. Nada, que contra ele atente, deve ser permitido. A polícia está concebida como a primeira defensora da lei, seus agentes são os representantes da lei e os mais obrigados, de todos os cidadãos, a acatar e fazê-la acatada.

A eficácia da polícia se mede levando em conta a porcentagem de casos esclarecidos, segundo o critério dos tribunais e não consoante o critério dos agentes.

As provas não só devem ser contundentes, mas também obtidas com apego às garantias e direitos do cidadão, e as formalidades da lei. A condenação, obtida num processo legal, é a verdadeira prova do êxito da investigação policial.

Uma sociedade ou seus dirigentes podem se enganar quanto ao sucesso na luta contra o crime. Corre-se o risco de confundi-la com a repressão indiscriminada, que faz tantas vezes o policial se transformar em delinquente ao desrespeitar os direitos dos outros cidadãos.

Não se pode lutar contra o crime agindo de forma criminoso. Pelo contrário, o primeiro passo nesta luta deve ser a depuração das forças policiais.

A polícia da sociedade democrática está subordinada ao poder legítimo, às autoridades escolhidas livremente pelo povo.

Nenhum direito de contestação tem a polícia perante ordens das autoridades superiores. Deve aceitar sua condição de órgão executor de ordens legais, às quais deverá cumprir, estritamente e sem tardança. Nenhum compromisso poderá contrair por sua conta e nenhuma composição lhe será permitida.

A polícia deve estar organizada como um corpo civil, devendo se diferenciar

nitidamente das forças armadas. Estas não devem ser chamadas para cumprir tarefa de caráter policial, a não ser em casos de extrema necessidade. E se o fizerem, sua atuação terá caráter nitidamente civil, tanto no respeitante à autoridade a que se submeterão, como nas conseqüências jurídicas de sua atuação (jurisdição civil e não foro militar).

Por último, a polícia deve estar submetida a controles, tanto internos quanto externos. Qualquer homem com poder é capaz de abusar dele, e a experiência indica que a polícia não é precisamente uma exceção.

O mais importante dos meios de controle dos corpos policiais é o que diretamente exercem sobre eles seus chefes e oficiais. Daí a importância de colocar estes corpos debaixo do manto de chefes probos e zelosos do cumprimento do dever.

É mais fácil que um chefe íntegro, por obediência ou temor, imponha respeito a subordinados corruptos, do que um grupo de homens probos se subtraia à nefasta influência de um chefe indigno.

Órgãos especializados de supervisão interna, dotados de suficiente autoridade, são outro meio importante de controle.

O Ministério Público ou Procuradoria deve ser o primeiro meio de controle externo da atuação da polícia. O ordenamento jurídico deve estabelecer claramente a supervisão do promotor sobre o trabalho da polícia.

Os tribunais constituem outro meio de controle externo, não só na medida em que possam validar as atuações da polícia, como também quando saneiem e reprimam severamente os abusos em que esta incorra.

Juízes medrosos ou indiferentes resultam perniciosos para a salvaguarda de um regime de liberdade. A dignidade da magistratura obriga a velar pelo imediato acatamento das determinações judiciais ou a renúncia do cargo, quando a este não se reconheça a autoridade.

Muitas vezes os magistrados são cúmplices do atropelo à legalidade, porque aceitam uma indigna subordinação à força pública.

Em algumas sociedades de antiga tradição democrática funcionam muito bem comissões de controle da polícia, que contam entre seus integrantes, cidadãos completamente alheios a corporação. Opera-se desta forma o que Balbé chama "uma transusão de idéias e informações entre as instâncias democráticas e a polícia."

Podemos dizer que a sociedade democrática necessita de uma polícia de acordo com o seu caráter para ter valor, ainda mais: a união de polícia e democracia não é somente benéfica para a última.

A eficácia do trabalho policial só pode ser alcançada num regime baseado no princípio da igualdade perante a lei. Só assim é possível a repressão sistemática ao crime, sem distinção de pessoas e sem consideração de privilégios.

Nunca, como hoje, havia sido tão dramática esta necessidade de poder proceder contra qualquer criminoso, sem que sua classe social, sua fortuna ou sua influência política sejam um título de impunidade.

Se bem que sempre houve delinquência nas classes mais altas, suas manifestações eram isoladas e a impunidade não tão gravosa para a consciência social. Hoje, não obstante, o fenômeno criminal do narcotráfico tem envolvido essas classes e também tem feito com que os traficantes ascendam na escala social graças, precisamente, à fortuna amealhada com o crime.

As organizações policiais de hoje tem agora seu principal desafio não nos ladrões e outros criminosos das classes populares, mas nos "barões da droga". Em homens que gozam de influência e até de respeito na sociedade.

Poderá uma sociedade não democrática lutar com êxito contra esse flagelo? Poderá uma polícia que não tem legitimidade nem autoridade moral alguma ser eficaz? Definitivamente, não!

DOCTRINA NACIONAL

A FALÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL E A INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL

AILTON STROPA GARCIA

Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul — MS

1. Considerações preliminares — 2. Resumo histórico das penas — 3. História das penas no Brasil — 4. O cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil — 5. É válida a Lei de Execução Penal do Brasil? — 6. A quantas anda a tão falada ressocialização do delinqüente? — 7. O que pensam os juristas sobre a pena de morte — 8. O que pensam os religiosos sobre a pena de morte — 9. Pena de morte: Deus não a admite! Os homens não a querem! — 10. Considerações finais — 11. Bibliografia.

1. Considerações preliminares

O Padre Emílio Silva, em seu livro *Pena de Morte Já* (Revista Continente Editorial, Rio de Janeiro, 1986), contestado por diversos membros do clero católico, defende, “segundo ele, à luz da *Bíblia*, da lei, das estatísticas e da razão, a reprimenda máxima. Afirma à p. 108: “o que é mais significativo nisto é que a quase totalidade dos juízes criminais de São Paulo são a favor da pena de morte” (jornal *O Globo*”, de 22.5.61).

Para defender a pena de morte em seu livro, o Reverendíssimo Padre conta com o “prólogo” do ex-presidente do Tribunal de Alçada Criminal e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Ítalo Galli (que cita publicação do jornal *O Estado de São Paulo*”, de 01.6.86 — p. 22 — onde se vê que nos primeiros cinco meses de 1986 ocorreram, na Grande São Paulo, 2.406 homicídios, 481 por mês, 16 por dia, 1 a cada 90 minutos, além de 42.028 furtos e 18.000

assaltos, sendo que os homicídios aumentaram em 100%.

Sintetizando suas idéias, o Padre Silva afirma: “A pena de morte é o castigo mais enérgico e eficaz de que um governo pode lançar mão, em sua luta contra o crime, para a conservação da ordem e a defesa da sociedade, sempre e quando sua aplicação seja rápida (a Justiça, sem que chegue ao extremo da precipitação, deve ditar logo a sentença) e infalível (ditada a sentença, o criminoso deve ser executado imediatamente)”.

Trinta anos depois da pesquisa citada pelo Padre Emílio Silva com os juízes criminais de São Paulo, a AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, realiza uma pesquisa nacional para conhecer a opinião da classe sobre temas polêmicos, descobrindo que 91,43% dos magistrados entrevistados são contra a pena de morte e 8,57% são a favor (*Jornal do Magistrado* — Ano II, n. 6, Set./91).

Cinco anos depois de publicado o livro do Padre Emílio, que dentre outras coisas

é Decano da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho (RJ), a opinião dos juízes que condenam e apóiam a instituição da pena capital é que: “no Brasil, barbaramente assolado pela fome, miséria e corrupção, deve-se pensar em melhoria de vida e não o inverso”, acrescentando que “ao Estado cabe recuperar o indivíduo e não assassiná-lo em nome de uma falsa segurança social”. (contrários) “ela seria uma alternativa para coibir crimes como o latrocínio, estupro, seqüestro seguido de morte e outros que impliquem em lesões graves e valores fundamentais da sociedade”. (favoráveis)

Em 21.5.91, a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, reuniu diversas autoridades de renome nacional para discutir a pena de morte: a maioria dos participantes manifestou posição contrária à pena capital, ressaltando que tal posição não significa tolerância em relação à prática de crimes que traumatizam a opinião pública (*Jornal do Magistrado* — Ano II, n. 5, junho/91).

Passados um ano e meio da pesquisa e declaração dos magistrados e das conclusões da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, a *Revista VEJA* n. 1.274, de 10.2.93, tendo feito um questionário a seus leitores e recebidos respostas de 903 deles, constatou que 502 (55,6%), são favoráveis à instituição da pena de morte no Brasil, enquanto 317 (35,1%), são contra.

O que tem levado o cidadão e muitos juristas a pensar e a defender a pena de morte, sem dúvida alguma, é a ineficácia da nossa atual Lei de Execução Penal.

A AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, mais uma vez, acorda cedo para o debate dessa questão, ao realizar, em Joiville-SC, de 25 a 27 de março de 1993, o I Simpósio Nacional sobre Execuções Penais e Privatização dos Presídios, com o objetivo de colher sugestões para a alteração e aperfeiçoamento da legislação das execuções penais e melhoria do sistema penal brasileiro.

Francisco de Paula Xavier Neto, presidente da entidade, diz que “a execução da pena, que cabe ao Judiciário, está completamente divorciada da realidade prisional, que sempre ficou na dependência dos critérios e das conveniências políticas da administração pública” e conclui: “os magistrados não podem ser simples espectadores de uma situação que agride toda a nossa estrutura social, devendo, com a participação desprovida de qualquer egoísmo e com a experiência de cada um, acabar com essa situação caótica, lutando por uma reformulação geral na legislação e por um sistema penitenciário adequado à realidade cultural do país” (*Jornal do Magistrado* — Ano IV, n. 13 — Fev./1993).

Afinal, como está a Execução Penal no Brasil?

A falência da Execução Penal Brasileira justificaria a instituição da pena de morte?

A pena de morte é ou não permitida por Deus?

A pena de morte diminuirá ou não a criminalidade?

2. Resumo histórico das penas

Para começarmos a entender o tema, é necessário algumas explicações sobre o que seja pena: a palavra “pena vem do latim *poena*, derivando do grego *poine* e do sânscrito *punia*, significando dó e lástima (no sentido de ter pena de alguém) e aflição, dor, fadiga e sofrimento (para purificação do homem por má conduta cometida).

Juridicamente falando, “pena” é o sofrimento ou castigo que o Poder Público impõe à pessoa que comete um delito.

Se alguém pratica um crime, deve retribuir essa falta por meio de um sofrimento, diz o primeiro grupo da Escola Clássica. O segundo grupo da

Escola Clássica entende que a pena tem a função social de prevenir crimes e proteger a sociedade (ela intimida os homens para que não pratiquem mais crimes, corrige os culpados, estabelece uma vingança pública e pode fazer com que haja reciprocidade entre o crime praticado e a punição).

As Escolas Ecléticas acham que as penas devem ser, ao mesmo tempo, justas (de acordo com o crime praticado) e útil (impossibilitar a reincidência e recuperar o criminoso).

A Escola Positiva se funda "no materialismo determinista e na negação do livre arbítrio e considera a sociedade como um organismo igual aos outros", entendendo que a pena deve existir como "função preventiva do Estado contra o delito".

Entre os Hebreus, havia penas expiatórias e corporais terríveis contra a idolatria, a blasfêmia pública e as leis religiosas. A pena era pecuniária para os crimes contra a propriedade. Nos crimes de morte, os parentes da vítima tinham direito de matar o assassino. Nos delitos contra o pudor havia pena de morte para o adultério e o estuprador devia casar-se com sua vítima. Na *Bíblia Sagrada*, em Gênesis, 9:6, está escrito "Quem derramar o sangue do homem, pelo homem o seu sangue será derramado; porque Deus fez o homem conforme a sua imagem." Em Êxodo, 21:12 e 14, a *Bíblia* assim diz: "Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o a traição, tirá-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra." No mesmo Livro, nos cap. 21 e 22, versículos 15 a 17 e 18 e 19, respectivamente, a pena de morte estava prevista para quem raptasse uma pessoa, ferisse ou amaldiçoasse pai e mãe, praticasse a magia ou tivesse relações íntimas com os animais. Em Levítico, 20:10, 13 e 17, também há pena de morte para quem praticasse o adultério, o homossexualismo

ou visse a nudez de sua irmã. No mesmo Livro, no Cap. 24, versículo 17, está dito: "Quem matar a alguém, será morto." No Livro de Levítico, Cap. 35, versículos 30 a 33, as ordens de morte são as mesmas. Em Deuteronômio, 19:11-13, vemos: "Mas se alguém, odiando a seu próximo e lhe armando ciladas, se levantar contra ele e o ferir de modo que venha a morrer, e se acolher a algumas destas cidades, então os anciãos da cidade, mandando tirá-lo dali, e entregarão nas mãos do vingador do sangue, para que morra. O teu olho não terá piedade dele; antes tirarás de Israel o sangue inocente, para que te vá bem." Finalmente, nesse mesmo Livro, no Cap. 32, versículo 30, está dito: "Eu mato, e eu faço viver, eu firo, e eu saro; e não há quem possa livrar alguém de minha mão".

No Egito, a pena de morte (que durante muito tempo foi a única, até que Manes estabeleceu a diversidade e gradação delas conforme os crimes cometidos), remonta à antiguidade.

Na Babilônia, é o Código Sagrado de Hamurabi (o rei, que promulgava as leis era considerado um deus), que estabelecia as penas: de morte, açoite, multa e a de talião.

Na Índia, através do Código de Manu a pena era uma instituição pública imposta pelo rei e era de morte e de expulsão da casta (grupo).

Na Grécia, com Dracon, a única pena era a de morte.

Entres o Romanos, após o julgamento *pater familia*, surgiu a Lei das XII Tábuas, com as seguintes penas: morte, talião, açoites, prisão, desterro, escravidão, privação de cidadania, infâmia, confiscação e multa.

Para os Germânicos concedia-se, até, a faculdade aos grupos familiares, de vingarem os crimes cometidos contra seus parentes.

Beccaria, autor do livro *Dei delitti e delle pena*, que revolucionou o Direito Penal, insurgiu-se contra a atrocidade das

penas da época e o poder ilimitado e discricionário dos governantes na sua aplicação.

Hoje, os Códigos Penais do mundo todo obedecem à algumas normas comuns: a) Só se pune na certeza. Havendo dúvidas, absolve-se; b) passado determinado tempo, o delito não pode mais ser punido (prescrição); c) a fixação da pena deve levar em conta a personalidade do agente, os motivos do crime e as circunstâncias agravantes e atenuantes; d) a lei nova, se beneficia o réu, deve ser a ele aplicada quanto ao crime cometido na vigência da lei velha; e) deve ser respeitado o amplo direito de defesa; f) ninguém, além do Poder Público, pode executar a pena; g) a pena não passa da pessoa do delinquente, salvo nos casos de obrigação de reparar o dano ou de decretação de perdimento de bens, casos em que, ante a morte deste, os herdeiros responderão até o total do patrimônio que receberam de herança; h) o crime deve ser anteriormente definido pela lei.

São estas as penas que existem atualmente em todo o mundo: a) corporais (morte e açoite); b) privativas de liberdade (reclusão, detenção, prisão simples etc...); c) restritivas de liberdade (desterro); d) privativas ou restritivas de direito (proibição de se candidatar a cargos eletivos, assumir cargos públicos, proibição de dirigir, veículo por determinado tempo, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade) e e) pecuniárias (multa).

3. História das penas no Brasil

A pena de morte estava nas Ordenações Portuguesas e aqueles que viviam no Brasil, colônia de Portugal, estavam sujeitos a ela.

Proclamada a independência, em 1822, a pena de morte veio figurar no CP do Império em 1830.

Com a proclamação da República, em 1889, e a promulgação do novo CP, em

1890, a pena de morte, no Brasil, foi abolida.

Excepcionalmente, ela figurou na LSN de 1969, para punição do brasileiro que entrasse “em entendimento ou negociação com governo estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil, se atos de hostilidade fossem desencadeados”; para punição do brasileiro que tentasse “com ou sem auxílio de estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir ou por em perigo a independência do Brasil”, se a invasão se verificasse, ou para punição do brasileiro que aliciasse “indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual for o motivo ou pretexto”, se a invasão ocorresse.

As Leis de Segurança Nacional de 1978 e de 1983, revogaram a pena de morte, substituindo-a por reclusão.

No entanto, a pena de morte está prevista em nosso CP Militar, no art. 55, *a*, para aplicação somente em tempo de guerra, em alguns casos como os de: traição (art. 355), favorecimento do inimigo (art. 356) e tentativa contra a soberania do Brasil (art. 357).

A atual Constituição Federal também admite a pena de morte, única e exclusivamente nos casos de guerra declarada, ao dispor, em seu art. 5º, inc. XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

No mesmo artigo e inciso, nossa CF proíbe mais as seguintes penas: b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

As penalidades previstas em nosso ordenamento jurídico, pela Constituição de 1988 (art. 5º, XLVI), são: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

No Brasil, toda pena está cominada, ou seja, estabelecida, quando se define o

próprio delito: o legislador penal pátrio diz, a cada vez que identifica um fato punível, qual a qualidade e qual a quantidade mínima e máxima da pena a ser aplicada, deixando ao magistrado o poder de dosá-la, obedecidas certas instruções.

Esses sistemas de tabulação das penas sempre existiram, experimentando mutações ao longo dos tempos: em algumas ocasiões o legislador dizia que o fato era punível, sem dizer a qualidade ou a quantidade da pena; em outras, o legislador dizia qual o fato punível e especificava a pena de tal forma que, ao juiz, não cabia qualquer função individualizadora. Num havia indeterminação completa; no outro, determinação absoluta.

Alguns criticam o sistema adotado pelas legislações penais modernas, entendendo que só deveria ser estabelecido o limite máximo da pena, cabendo ao juiz, usando de seu arbítrio, sabedoria jurídica e bom senso, quantificá-la, do zero, a esse limite.

Outros acham que seria conveniente a adoção de um limite mínimo e máximo para todos os crimes (como nos Códigos Alemão e Português), cabendo ao julgador maior flexibilidade na dosagem da pena.

Em nosso país, a pena máxima cominada a um crime, é a privativa de liberdade (reclusão), por 30 anos.

4. O cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil

A CF de nosso país, estabelece em seu art. 5º, inc. LVII e LXI, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Isto significa que uma pessoa que nunca antes tenha praticado qualquer tipo de crime (réu primário), mesmo presa em

flagrante (e este ocorre quando a pessoa estava praticando o crime, quando acabou de cometê-lo, quando a autoridade, o ofendido, ou qualquer pessoa, saindo, imediatamente, em sua perseguição, a prende em situação que faça presumir ser ela a autora da infração, ou quando é encontrada logo após, com instrumento, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ela a autora da infração), poderá, em tese, aguardar seu julgamento em liberdade, pagando ou não fiança e, se condenada, só iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, depois que a sentença transitar em julgado, ou seja, depois que essa pessoa tiver recorrido a todos os Tribunais que lhe são permitidos por lei, que examinarão, novamente, se ela é ou não culpada.

Essa possibilidade das causas serem submetidas a dois graus de jurisdição, é bastante salutar, pois evita possíveis erros judiciários, já que, nos Tribunais, é um grupo de Desembargadores quem reexamina a questão decidida pelo juiz de 1º grau.

A CF, complementada pela Lei 8.072, de 25.7.90 (Lei dos Crimes Hediondos), ante o nível de criminalidade existente em nosso país, previu, também, alguns crimes que são inafiançáveis e que não merecerão anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória.

Esses crimes, cujas penas mínima e máxima foram aumentadas, são: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Com essa nova legislação, muitos criminosos já não terão possibilidade de aguardar julgamento em liberdade.

Pois bem. Praticado o crime, julgado o réu e transitada em julgado a sentença,

começará ele a cumprir sua pena privativa de liberdade.

É a lei quem estabelece a forma de cumprimento da pena, que pode se dar nos regimes: *fechado*, *semi-aberto* e *aberto*, isto se o réu não for beneficiado com a *suspensão condicional da pena pelo prazo de dois a quatro anos* (apenas para os condenados a penas não superiores a dois anos), ou pela *substituição da pena privativa de liberdade pela de multa* (apenas para os condenados a penas não superiores a seis meses), ou pela *substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito* (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana) e/ou *multa* (apenas para os casos de crimes culposos ou crimes cuja pena seja inferior a seis meses e, em alguns casos, um ano).

Substituída a pena privativa de liberdade pela de multa e, paga esta, a pena está cumprida.

Feita a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o condenado poderá prestar serviços em escolas, hospitais, casas de caridade etc..., por um determinado período, poderá ficar sem freqüentar certo ambiente ou sem dirigir veículos, por exemplo, por certo período e poderá se recolher à Cadeia nos finais de semana por determinado período. Cumprido o período determinado, a pena é dada por cumprida.

Havendo concessão da suspensão condicional da pena, o conhecido *sursis*, o réu fica em observação e proibido de freqüentar certos lugares durante dois a quatro anos. Se durante esse período não voltar a delinquir, sua pena será dada por cumprida sem que ele tenha ido à cadeia.

Se tocar ao réu cumprir a pena em regime aberto (para quem, não sendo reincidente, é condenado a até quatro anos), este deverá trabalhar e freqüentar cursos que lhe interessem e permitidos por lei, nos horários normais, recolhen-

do-se à Casa dos Albergados no período noturno e nos dias de folga.

Nas Comarcas onde não exista Casa do Albergado, eles poderão cumprir a pena nas Cadeias Públicas, embora a jurisprudência lhes dê o direito de recolher-se ao próprio lar: Admite-se o cumprimento da pena em regime aberto em residência particular, desde que o condenado preencha alguns dos requisitos legais e a comarca não possua casa do albergado (TJMS — DJ n. 3270, de 2.4.92, p/10-11).

Vide RT 644/296, 645/269, 645/283, 648/280, 650/278, 651/271, 652/364, 653/316, 653/377, 654/286, 654/378, 655/294, 655/341, 655/352, 655/373, 656/346, 657/308, 657/349, 657/377, 659/326, 662/281, 664/279, 665/363, 667/345, 668/283, 669/304, 671/351, 674/327, 674/354, 675/390, 675/422, 679/362 e 683/310.

Se tocar ao réu o cumprimento da pena no regime semi-aberto (para quem, não sendo reincidente, é condenado a pena que vai de quatro a oito anos), ele teria que ir para uma Colônia Penal Agrícola (há bem poucas no país), onde trabalharia e freqüentaria cursos profissionalizantes.

Finalmente, se tocar ao réu o cumprimento da pena no regime fechado (para quem é condenado a pena superior a oito anos), ele deverá ser recolhido a um Presídio de Segurança Máxima ou Média.

Estando no regime semi-aberto, cumprida um sexto da pena com bom comportamento, mediante exame por Comissão Técnica de Classificação, o réu poderá passar para o regime aberto.

Estando no regime fechado, cumprida um sexto da pena com bom comportamento, mediante exame Criminológico ou por Comissão Técnica de Classificação, o réu poderá passar para o regime semi-aberto.

Finalmente, se o réu for primário e de bons antecedentes, cumprido mais de um terço da pena, ou se ele for reincidente, cumprida mais da metade da pena, o réu poderá, feitos os exames acima citados, conseguir seu Livramento Condicional,

ou seja, cumprirá o restante da pena em liberdade, comparecendo ao Fórum mensalmente e deixando de frequentar certos lugares.

Ressalte-se que o réu que pratica qualquer um dos chamados crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, vai direto para o regime fechado e não tem direito à progressão para os regimes semi-aberto e aberto, só vindo a ter direito ao Livramento Condicional quando cumprir mais de dois terços da pena.

A maioria dos juristas tem entendido ser inconstitucional o art. 2.o, § 1.o, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), que diz que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente no regime fechado”.

Cita-se Jaques de Camargo Penteado, Procurador de Justiça (SP), conforme artigo na *RT*, 674/286-288: “Não se pode ignorar que os condenados se emendam no curso da execução penal e, segundo a Lei dos Crimes Hediondos, não poderiam gozar dos benefícios legais — mesmo eliminada a perigosidade — porque praticaram certo tipo de crime genericamente considerado.... O excessivo rigor da norma sob comento, retirando do juiz o poder de administrar a execução da pena, não conta com a adesão da Ciência Jurídica.”

Da mesma forma, Márcio Bártoli, Juiz (SP) — *RT*, 684/294-301, não vê útil a nova legislação e diz: “O problema da violência urbana e rural tem raízes profundas no quadro de desigualdade social que atinge a maioria da população. Não se pode imaginar que se vai poder conter a criminalidade, com a promulgação de uma lei com ameaça penal mais dura, que impõe, como esta, p. ex., um regime integralmente fechado para cumprimento da pena e a impossibilidade de liberdade provisória, a réus provenientes de uma sociedade terceiro-mundista, que enfrenta graves problemas estruturais, como fome, falta de educação, etc, sem se transitar,

antes, pelo caminho tido para muitos, como inóspito, para outros, como cansativo e repetitivo, mas de inarredável presença: o da mais justa distribuição de riqueza.”

Deve ser esclarecido, também, que assim como o réu progride de regime (do fechado para o semi-aberto e do semi-aberto para o aberto), não mantendo bom comportamento, ou praticando falta grave, haverá a regressão do regime, na mesma forma.

A jurisprudência já vem admitindo, tanto a regressão, como a progressão, esta em casos excepcionais, por saltos: “Tratando-se de regime prisional de cumprimento de pena, em regra, é inadmissível a chamada “progressão por saltos”, ou seja, o condenado não pode ser transferido do regime fechado para o aberto, diretamente, sem passar pelo semi-aberto. Todavia, tendo-se em consideração a especial situação do condenado de único responsável pelo sustento da família, sendo que sua transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto, distante da Comarca, importaria continuidade da situação de penúria a que exposta aquela durante seu encarceramento, admite-se, excepcionalmente, tal providência, se a intensidade do dolo, a reduzida expressão do delito e as condições pessoais do condenado, assim o permitirem.” (*RT* 654/288)

Um outro instituto que beneficia o presidiário é o da remição. Se ele tem bom comportamento, poderá trabalhar na cadeia (limpeza, cozinha, horta, granja, etc...). Cada três dias de trabalho, lhe diminui um dia de pena.

5. É válida a lei de execução penal do Brasil?

Essa nova forma de cumprimento da pena surgiu com a Reforma Penal de 1984, cujos objetivos são a reeducação e ressocialização do delinqüente, graças à chamada “humanização da pena”.

A reforma penal de 1984 trouxe a possibilidade da humanização das penas, tanto ao adotar regimes prisionais e as penas restritivas de direito, como ao editar a Lei de Execução Penal, ante flagrantes contradições entre a cominação e aplicação da pena e sua execução.

Mas só um sistema de leis não é suficiente. A execução penal é uma atividade complexa que deve ser desenvolvida não só no plano jurisdicional, à luz do Direito Penal e do Direitos Processual Penal, mas, também, no plano administrativo, com o a participação do Poder Executivo.

1. "A execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. 2. Há autonomia científica, jurídica e legislativa do Direito Penitenciário. 3. No Brasil são relativamente antigas a idéia e os estudos para conceder a autonomia legislativa do Direito Penitenciário. 4. Diante da Lei de Execução Penal, mais apropriado é falar em um Direito de Execução Penal do que usar a denominação mais restrita de Direito Penitenciário. 5. O objeto do Direito Penitenciário (ou Direito de Execução Penal), diante de algumas flagrantes contradições entre a cominação e a aplicação da pena e a sua execução, dirigiu-se ao estudo do desenvolvimento de meios e métodos para a execução da pena como defesa social e ressocialização do condenado. 6. A Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da Execução da Pena e afastando o "tratamento reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria" (Júlio Fabbrini Mirabete, em *Execução Penal — Comentários à Lei 7.210, de 11-7-84*, 2 ed., S. Paulo, Atlas, 1988, p. 42).

E, nesse aspecto, tudo está a desejar. Nossos estabelecimentos penais não são suficientes para atender a demanda. Os que existem não têm as mínimas condições de atender ao recluso de forma

adequada à moderna política criminal. Alia-se a tudo isto a falta de pessoal tecnicamente treinado e especializado, a falta de casas de albergados e a não complementação da lei.

Vale lembrar trecho de artigo publicado pela RT 664/239-249, de autoria do Professor Renê Ariel Dotti: "Bem a propósito convém transcrever o art. 203, e §§ da Lei de Execução Penal:

"No prazo de seis meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1.o Dentro do mesmo prazo, deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta lei.

§ 2.o Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3.o O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4.o O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança."

Como é do conhecimento geral, tais iniciativas não se materializaram e a crise da execução penal mantém vícios intoleráveis à dignidade humana.

O exemplo mais eloquente nos vem da *inconstitucionalidade por omissão* decorrente do não cumprimento de textos claros da Carta Política de 25.3.1824. O entusiasmo e a esperança do constituinte imperial, consignaram dois dispositivos

da maior importância e de indiscutível oportunidade atual:

“Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases de Justiça e Equidade.

.....

As Cadêas serão seguras e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstâncias e natureza dos crimes. (art. 179, §§ XVIII e XXI)”

Graças a esse estado de coisas, os juízes das Varas das Execuções Penais têm que criar, diariamente, meios de execução de penas que possam obter sucesso ante a estrutura carcerária existente no país.

E mais: os Tribunais de todo o país têm que se curvar à inércia do Estado, ora dando decisões que às vezes levam à impunidade, ora dando decisões que levam a um rigor maior que o previsto na lei: “Julgados dos Tribunais, reiteradamente tem decidido dessa forma, acentuando a impossibilidade do cumprimento integral da Lei de Execução Penal, pela mais completa negligência do Estado, que não se interessa pela construção de presídios, impossibilitando o cumprimento da pena em estágios, ocasionando a denominada “promoção por salto”, passando o condenado do regime fechado diretamente à prisão domiciliar. Mas em contrapartida cresce, em proporção, o número de decisões afirmando que à falta de estabelecimento semi-aberto deve o condenado permanecer no regime fechado, suprimindo-lhe inarredável direito à progressão.” (RT 684/294-301, Juiz Márcio Bártoli).

Mas a solução seria fazer com que a lei de humanização da pena, reeducação e ressocialização do criminoso funcione, ou seria tirar a vida destes?

Vejamos o que pensa um famoso jurista da atualidade sobre o atual sistema de Execução da Pena:

“A edição da Lei de Execução Penal constitui notável avanço na cultura jurí-

dico-penal do país. Já há muito tempo, países da mesma cultura e civilização do Brasil publicaram a sua lei penitenciária. Na verdade, houve várias tentativas de eminentes juristas para dotarem o Brasil de um código penitenciário, como o Projeto de 1933 e os Anteprojetos de 1957, 1963 e 1970.... Em consonância com a citada concepção inicia-se agora a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívís e Políticos, cujo art. 10, em seus itens 1 e 3 dispõem: “1. Toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano; 3. O regime penitenciário consistirá num tratamento, cuja finalidade essencial será a reeducação e a reinserção social dos condenados.” Nada obstante, há manifestação de oposição à eficácia da Lei Penitenciária. Essa resistência parte dos defensores do *status quo* que advogam a permanência da política penal repressiva, cujo hermetismo não se abre à legislação positiva da ONU e ao direito comparado. A essa reação de hostilidade e desconfiança denomina Mannheim de paroquialismo provincial, que se opõe aos compromissos internacionais, como obstáculo ao regime democrático e ao progresso científico... Não procede, pois, a oposição à vigência da Lei de Execução Penal, que está de acordo com a doutrina da ONU e a legislação comparada, e adequada à realidade sócio-econômica da Nação. *Trata-se de moderno instrumento jurídico, cujo objetivo consiste na ressocialização do delinqüente, contenção do crime e sua prevenção, bem como na proteção da sociedade, “o que hoje é mais importante do que nunca numa sociedade de massas, em que periga a existência do homem”* (Jescheck) “grifo nosso” — (Jason Albergaria, em Comentários à Lei de Execução Penal, 1.a ed., RJ, AIDE, 1987, p. 5-7).

O atual sistema não funciona sem a participação dos Poderes Judiciário e Executivo, em ação conjunta, nem se a

efetiva colaboração e aceitação da comunidade: "A execução da pena é realmente uma atividade complexa, que hoje se desenvolve não só no plano jurisdicional e administrativo, mas também no social, pois não se pode prescindir da cooperação da comunidade no cumprimento e fiscalização das condições impostas no *sursis*, assim como nas penas restritivas de direitos, mormente prestação de serviços à comunidade e limitação do fim de semana (CP, art. 43, I e II). Se o cumprimento da pena de prisão tem encontrado sérias dificuldades por inexistência de presídios, superpopulação carcerária e falta de estabelecimentos adequados para a aplicação dos três sistemas (fechado, semi-aberto e aberto), também por parte da comunidade tem havido certa resistência em cooperar, pois as entidades que poderiam dar o devido apoio, em regra, não confiam no condenado e tampouco manifestam interesse em sua recuperação." (Paulo Lúcio Nogueira, em *Comentários à Lei de Execução Penal — Lei n. 7.210 de 11.7.1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 4).

6. A quantas anda a tão falada ressocialização do delinqüente?

César Roberto Bittencourt, em artigo publicado na RT 670/241/253, fala sobre "A falência da pena de prisão", abordando o assunto "em função da pena, tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais", destacando: "... atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise."

O jurista, Doutorado em Direito Penal na Universidade de Sevilha, Espanha, Professor de Direito Penal da PUC e Promotor no Rio Grande do Sul, cita os motivos dessa falência:

a) o ambiente carcerário é um meio artificial antinatural que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso;

b) as condições materiais e humanas, na maior parte das prisões do mundo, tornam inalcançável o objetivo reabilitador;

c) o encarceramento produz alguns efeitos que não permitem ao condenado conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental, havendo vários tipos de reações, como irritação e delírios, volta à infância, síndrome da farsa, depressão e suicídios;

d) elevados índices de reincidência;

e) o encarcerado perde o conceito que tem de si mesmo, na medida em que há uma completa desconexão entre a vida que leva na prisão e a vida exterior;

f) a prisão, ao invés de freiar a delinqüência, parece estimulá-la e isso ocorre porque, nelas, as instalações não têm níveis aceitáveis, gerando doenças; porque a mentira impera e há troca das experiências criminosas e porque há uma enorme desadaptação que dificulta a reinserção social do delinqüente.

g) a prisão é uma instituição total, absorvente, que transforma o interno em um ser passivo, humilhado, dependente e submisso, violando e anulando totalmente sua intimidade.

Pedro Madalena, Juiz de Direito em Santa Catarina, em artigo na RT 651/383-385 também fala da ineficácia da Lei de Execução Penal, por culpa do Governo Federal e, propondo a administração dos presídios pelo Poder Judiciário, enfatiza: "Dada a falta de infra-estrutura nos presídios... os egressos levam consigo diplomas, na maioria dos casos de: a) marginais; b) vadios, c) toxicômanos, d) pederastas, e) pobre, f) analfabetos, g) relegados sociais etc..."

A opinião geral, então, é que a ressocialização do delinqüente, com a infraestrutura atual do Sistema Penitenciário Brasileiro, está difícil.

Não havendo a ressocialização, mais difícil fica a readaptação do delinqüente na comunidade.

Tais dificuldades, que não são culpa exclusiva dele, delinqüente, aliadas às dificuldades normais porque passa nosso Brasil de ontem e de sempre, via de regra, acabam levando à reincidência. "Nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%... Na Espanha, o percentual médio de reincidência entre 1957 e 1973 foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, de um modo geral, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando não inexistentes)..." (César Roberto Bittencourt, *RT* 670/246).

Como vemos, os índices não são animadores.

Mas, em que pese isto, há índices de recuperação. Menores, mas há. E são estes índices que nos animam a lutar pela modificação do estado de coisas do país, nunca regredindo (retomando as penas cruéis, como a pena de morte), mas sempre indo à frente, permitindo a plena colocação em prática da Lei de Execução Penal.

Não há que se falar em mudar um sistema de execução penal moderno que já existe em nosso país.

Há que se falar em fazê-lo funcionar, até privaticando alternativas, como, p. ex., a privatização dos presídios.

Há que se falar em aplicação de verbas, em participação efetiva da comunidade como um todo, enfim, de envolvimento responsável de todos nós.

A questão fica bem estabelecida, mais uma vez, por César Roberto Bittencourt, na *RT* 662/254-255: "Em matéria de ressocialização não podem existir receitas definitivas, mas deve-se trabalhar somen-

te com simples hipóteses do trabalho. O problema da ressocialização não pode ser resolvido com formas simplistas. Se tudo for simples, incluídas as soluções, certamente os resultados serão absolutamente insatisfatórios. A finalidade ressocializadora não é a única e nem mesmo a principal finalidade da pena. Em realidade, a ressocialização é uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Assim como não aceito como conveniente o rechaço puro e simples do objetivo ressocializador, também não vejo como possível pretender que a readaptação social seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, visto que isto suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas. Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinqüente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo socializador, como são a família, a escola, a igreja, etc... A readaptação social abrange uma problemática que transcende os aspectos puramente penal e penitenciário. Na busca da correção ou da readaptação do delinqüente, não se pode olvidar que estes objetivos devem subordinar-se à Justiça. Este conceito é necessário dentro de qualquer relação e não deve interpretar-se sob um ponto de vista estritamente individual. Modernamente somente se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinqüente para que, livremente, ajude a si próprio. Acabar com a delinqüência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem frente ao delinqüente. Da mesma forma que este é co-responsável pelo bem-estar social de

toda a comunidade, esta não pode desobrigar-se de sua responsabilidade pelo destino daquele.”

O anseio, hoje, dos juristas, não é a regressão, mas sim o aprimoramento do sistema e, aqui, vai mais um testemunho, desta feita de Oswaldo Henrique Duek Marques, Promotor de Justiça em São Paulo, lançado no artigo intitulado “Sistema Penal para o Terceiro Milênio”, publicado na *RT* 663/390-392: “A execução da pena privativa de liberdade apóia-se no respeito aos Direitos do Homem. As regras mínimas de tratamento do preso, estabelecidas no Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, em 1955, não podem, em nenhuma hipótese, ser derogadas, independente das circunstâncias e do regime político vigente, como assinalou Pierre-Henri Bolli. A noção de tratamento do preso segundo o mesmo autor, conduz a um duplo significado. Em primeiro lugar, vem a ser uma noção de nível constitucional, com base nos fundamentos da salvaguarda dos Direitos do Homem, evitando-se os tratamentos desumanos e degradantes. Em segundo lugar, o tratamento compreende uma ação tendente a uma orientação psicológica e social dos detentos, visando a sua ressocialização. Sob estas noções devem estar baseados os regimes penitenciários modernos.”

7. O que pensam os juristas sobre a pena de morte

Não sei o que ele diria se estivesse vivo hoje (morreu em 1969). No entanto, em maio de 1951, ao realizar uma conferência na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, Minas Gerais, o saudoso e renomado mestre do Direito Penal. Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, 1/373-375, t. II, 6.^a ed., Forense, 1983), foi bastante claro: “Toda a evolução do direito penal subverte-se,

de chofre, com a adoção da pena de morte. Todo o acurado esforço da política penal no sentido da reassimilação social do delinquente é renegado, e substituído por um sinistro espetáculo de matança. Ao invés da plástica da alma humana ou da refinada *técnica de regeneração*, uma triste *magarefada*, uma repulsiva cena de sangue ou um lúgubre método de matar. Ao invés de processos ortopsíquicos que tornem possível, ainda que um *minimum* de adaptação social nos mais endurecidos criminosos, a guilhotina, a cadeira elétrica, a força, o fuzilamento, o machado do carnífice, os gases tóxicos nas câmaras de morte. A pena capital é tudo quanto há de mais antiestético..... Por outro lado, não se pode dizer que haja criminosos incorrigíveis. O que há são criminosos incorrigidos, isto é, irredutíveis aos meios de correção até agora conhecidos, é o que já acentuava, há 50 anos, *Concepcion Arenal*, no Congresso Penitenciário de São Petesburgo. A persistente inafeiçãoabilidade social de alguns delinquentes é apenas o atestado da insuficiência dos vigentes processos correicionais. Não se pode jamais perder a esperança de transformar um criminoso inveterado num elemento útil à sociedade.... Dentre todas as objeções que se formulam à pena de morte, uma é, positivamente, intransponível: é a que concerne ao seu caráter absoluto, tornando impossível a reparação de um possível erro judiciário.”

E. Magalhães Noronha, célebre jurista da atualidade, ao dissertar sobre o assunto na *Enciclopédia Saraiva do Direito* (vol. 57/434-436), também se mostra contrário à sua instituição: “... por certo se surpreender-se-iam os advogados da eliminação da vida do delinquente, se examinassem dados estatísticos, como v.g. apresenta Sutherland, em *Princípios de Criminologia*. Aponta o eminente criminólogo norte-americano fatos como estes: a taxa de homicídios nos Estados que autorizam a pena de morte é o dobro

da apresentada pelos que a aboliram, verificando-se o mesmo, embora com menor diferença, em Estados vizinhos ou da mesma região; que nas circunscrições territoriais que a aboliram não se verificou qualquer aumento de criminalidade; finalmente, que na própria Europa, o número de homicídios é menor nos países que não adotam esse meio repressivo... Em nações européias e províncias dos Estados Unidos da América do Norte, juízes e jurados vacilam diante da eliminação da vida humana, decidindo-se pela absolvição toda vez que a pena extrema é a única aplicável, conforme testemunho ainda de outro criminólogo americano, Parmelee.... E que efeitos teria ela entre nós? Esquecem ou ignoram os que a propugnam que o Brasil, desde seu descobrimento, até a Lei de 20.9.1890, i. e., durante 390 anos, contou-a entre suas penas. E não sabemos que maravilhosos efeitos lhe podem ser atribuídos.... Aliás, a tendência geral é para aboli-la, como ocorreu na Alemanha Ocidental. Na tradicionalista Inglaterra, a Lei de 9.11.65, também a aboliu pelo prazo de cinco anos, findos os quais poderia continuar interdita ou restabelecida por nova lei e, ao que sabemos, não voltou a vigorar. Aliás, na Europa Ocidental, poucos são os Códigos que adotam essa pena.... Honra seja feita a Portugal que já comemorou, com grandes celebrações, o centenário de sua abolição."

Júlio Fabbrini Mirabete (*Manual de Direito Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 237), também se demonstra contrário: "A difusão do pensamento humanista faz a opinião pública considerar a pena de morte como inútil e odiosa. O caráter inviolável da vida humana se opõe a ela."

Evandro Lins e Silva (*A Defesa Tem a Palavra*, 1.ª ed., Aidê, RJ, 1980), enfatiza o perigo do erro judiciário se instituída a pena de morte: "Esses erros são muito mais numerosos do que se supõe. Lailer e Vonoven, no livro citado, catalogam nada menos de noventa e

cinco inocentes, muitos desses erros reconhecidos oficialmente... Cada erro teve sua razão, mas a sua verificação posterior não restituiu a vida ao condenado à morte, nem recolocou na existência do condenado à pena de prisão a liberdade que lhe foi tirada por algum ou muito tempo."

Francisco de Paula Xavier Neto, atual presidente da AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, também se manifesta contra a pena capital (*Jornal do Magistado* — Ano IV, n. 13 — fevereiro de 1983): "É verdade que assassinatos bárbaros, envolvendo crianças inocentes e personalidades famosas, divulgados, diariamente, em cadeias nacionais de televisão, nos jornais e rádios em todo o País, reacendem a polêmica, prevalecendo a justa dor, a repulsa, o instinto e a emoção, sobre a própria razão. No Brasil, na prática, desde 1855, quando foi condenado à morte e enforcado o inocente Manuel Mota Coqueiro, a pena capital caiu em desuso... É comum, no Brasil, por mais graves e desastrosas que sejam as conseqüências, tentar-se resolver nossos angustiantes problemas, com soluções simplistas ou casuístas, sem um estudo mais profundo sobre suas verdadeiras causas... Com relação à pena de morte, também não será ela que garantirá a segurança do cidadão. A raiz da criminalidade em alta está, de um lado, na grave injustiça social, que campeia no País, e de outro, na impunidade... que decorre, sobretudo, da falta de estrutura material e humana."

Cesare Beccaria, que revolucionou o Direito Penal, rechaça a pena de morte, dizendo (*Dos delitos e das penas* — p. 45 a 51): "A pena de morte, pois, não se apóia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade... A experiência de todos os séculos

demonstra que a pena de morte jamais deveu celerados com a firme determinação de praticar o mal. Essa verdade está assente no exemplo dos romanos e nos vinte e um anos em que reinou a imperatriz da Rússia, a benfeitora Isabel, que forneceu aos chefes dos povos uma lição mais ilustre do que todas as mais brilhantes conquistas que a nação apenas alcança ao preço do sangue de seus filhos... O espetáculo atroz, porém, momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderosos para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a sua liberdade... essa idéia étrica causaria mais assombro aos espíritos do que o temor da morte, que se antevê apenas um momento, numa obscura distância que diminui o seu horror... Uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime. Ora, não existe homem que hesite entre o crime, apesar das negativas que este enseje, e o risco de perder para sempre a liberdade.”

Numa demonstração de que a pena capital não pode ser instituída em nosso país, recentemente, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em seu Boletim (Ano I, n. 1), emitiu um *manifesto contra a pena de morte*, do qual citaremos alguns trechos: “O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais vem à público manifestar seu repúdio contra a tentativa de adoção da pena de morte no Brasil... Não se compadece com os mais mezinhos princípios da dignidade humana a execução oficial da pena capital, que é a instituição da violência do Estado... A pena de morte não tem efeito intimidativo. O exemplo dos países que a adotaram revela e com eloquência — o fracasso deste tipo de punição... A pena de morte para os crimes dos pobres — enquanto ficam impunes as violências que em grande medida os geram — traduz uma iníqua, profundamente injusta e distorcida visão da realidade. É, na verdade, uma forma de se eliminar os que, marginaliza-

dos por um sistema que concentra riquezas e difunde miséria, nasceram na desgraça do abandono.”

Vincenzo Manzini, criminalista moderno que escreveu *Trattato di Diritto Penale*, assim se expressa: “A pretensa inutilidade da pena de morte é um absurdo evidente, porque, admitindo a ineficácia dessa pena, dever-se-ia, necessariamente, reconhecer a inanidade de todas as penas, para abolir a delinquência. A pena de morte é útil como prevenção, porque tem a máxima força intimidativa, o que é demonstrado pela experiência. Quem tem a prática dos piores delinquentes não ignora como eles são calculadores, meticolosos e precisos das consequências dos seus crimes; e ninguém virá negar que a previsão da pena de morte constitua um motivo inibitório tão desprezível.”

No Brasil, Ítalo Galli, ex-presidente do TACrim e Desembargador aposentado do TJESP é um dos juristas que defendem a pena de morte: “Os crimes mais bárbaros são praticados com requintes de perversidade, revelando uma insensibilidade moral semelhante à dos brutos. Os bairros, outrora tranqüilos, apresentam-se com as casas cercadas de grades, veladas durante a noite, com guardas particulares. Inverteram-se as posições: as pessoas enjauladas e as “feras” soltas, à espreita...”

Arduoso defensor da pena de morte, que prefere chamar de “pena de antecipação da morte”, o advogado de Curitiba, Paraná, José Viana Bonfim, escreveu um livro a respeito do tema (*Pena de Antecipação da Morte* — medida de defesa social de antecipação da morte e outros temas), onde, inclusive, faz propostas legislativas para a instituição da pena capital no Brasil. Em seu livro, Bonfim procura descrever os aspectos positivos da pena capital e desfilia crimes e criminosos terríveis pelas suas páginas. Vejamos uma pequena síntese do que ele pensa: “No atual estágio da sociedade brasileira a legislação penal sem a pena

de antecipação da morte, é o direito sem força, assemelha-se ao General sem tropa, intimida somente os inofensivos e os fracos, os que necessitam de sua proteção... A antecipação da morte, aplicada aos que se revelam irrecuperáveis, se dentro da lei, será sempre justa; injusta será sempre a morte de inocentes pelas mãos dos desalmados, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a nossa Carta Magna a todos asseguram o direito à vida... Opor-se à pena de morte sob o argumento do risco de erro judiciário, é revelar que confia mais nos malfetores a ela sujeitos, que nas pessoas dignas que o julgarão."

Certamente, se assim o quiséssemos, fariamos desfilar por estas páginas outros juristas brasileiros e de outros países, favoráveis à pena capital.

Já deu para perceber, com a exposição acima, porém, que a maioria dos juristas são contrários à pena de morte.

8. O que pensam os religiosos sobre a pena de morte

Segundo o Padre Emílio Silva, no seu livro, já citado (p. 17 a 20), "a tradição cristã é praticamente unânime no reconhecimento da licitude moral da pena de morte": "É tão claro e peremptório o Magistério da Igreja a respeito da licitude da Pena de Morte, que já no séc. XVII o famoso moralista bávaro Sporer a dava como de fé católica: *Licetum est occidere malefactores Certum da fide*. E outro moderno teólogo, também alemão, na mesma linha dogmática de Sporer, logo para fazer constar que as legislações de todos os povos estão de acordo em outorgar ao poder soberano o direito de punir com a morte os crimes da pior espécie — acrescenta — nenhum teólogo católico negará aos soberanos este direito. Com plena convicção dogmática, H. Lio assevera terminante: "Não é lícito a um católico sustentar que a pena capital é intrinsecamente imoral". Não é exagero acrescentar que a tradição protestante,

desde os chefes da Reforma, Lutero e Calvino, até anos mui recentes, foi unânime na adoção da pena de morte como lícita e plenamente justificada. Agora, a teologia protestante está cindida neste problema. Enquanto alguns como Athaus e Kunneth de todo convencidos de que o Estado como vingador da ordem jurídica e portador de divina autoridade tem o perfeito direito de castigar os criminosos, Karl Barth, pelo contrário, julga que tirar a vida a um semelhante 'ainda em caso de própria defesa', é ilícito.

O Padre Silva embasa em alguns textos do Novo Testamento a autorização de Deus à instituição da pena de morte:

"Não penseis que vim para revogar a lei... não vim para revogar, vim para cumprir... Ouvistes o que foi dito aos antigos: *Não matarás* e: Quem matar estará sujeito a julgamento" (Mateus, 5:17 e 21).

"Mete no seu lugar a tua espada, porque todos os que lançarem mão da espada, à espada morrerão" (Jesus a Pedro, em Mateus, 26:51-52).

"Nenhuma autoridade terias contra mim, se de cima não te fosse dada" (Jesus a Pilatos — João, 19:11).

"... se alguém matar à espada, necessário é que seja morto à espada..." (Apocalipse, 13:10).

"... porque não é sem motivo que ele traz a espada; pois é ministro de Deus, vingador, para castigar o que pratica o mal" (Romanos, 13:4).

Separados três artigos do *Jornal Batista*, um de Antonio Ribeiro da Costa, crente Batista residente em Manaus, AM, outro de Genival Costa e Silva, professor de grego e exégese bíblica do Seminário Teológico Batista de Teresina e o outro de um Pastor (assinou com o pseudônimo de Isaque Bergson), residente no Rio de Janeiro, vê-se que há muitos defensores da pena capital entre os protestantes.

O primeiro artigo, intitulado "Pena de Morte, Instituição Divida", após dar bases bíblicas do Velho Testamento para justificar a sua adoção, separa, além dos textos citados pelo Padre Emílio Silva, mais os

seguintes trechos do Novo Testamento: “Se fiz algum agravo e cometi alguma coisa, digna de morte, não recuso morrer” (Paulo, em Atos 25:11). “Nós na verdade, com justiça, porque recebemos o castigo que os nossos atos merecem, mas este nenhum mal fez” (O Ladrão perdoado por Jesus, ao outro — Lucas, 23:41).

Certo é que há muitos papas, bispos, padres e pastores, bem como católicos e evangélicos praticantes, que foram contrários à pena de morte.

No entanto, havemos que dar razão ao Padre Silva: a Igreja a tem tolerado em muitos países e até a usou em tempos idos.

Vale lembrarmos, aqui, a *Inquisição*, que foi uma instituição eclesiástica das sociedades cristãs do passado (época de Constantino e Idade Média — séc. XVII e XVIII), criada para combater as heresias, tidas não só como um erro de fé, mas também como um elemento de desagregação da sociedade.

Embora quase todos os padres condenassem o castigo corporal, os heréticos eram punidos, freqüentemente, com a pena de morte.

A Igreja Católica, num primeiro momento, tentou cercear os arbítrios dos príncipes mais devotos e dos reis rebelados contra o papado, para evitar execuções precipitadas, mas o Papa Inocêncio III acabou por aprovar as regras franciscanas e encorajar as atividades da nascente ordem dominicana.

Devido aos costumes violentos da época, a Inquisição tornou-se um instrumento de polícia e de terror.

A tortura era empregada para a confissão das heresias e os que perseveravam nela eram julgados e condenados por um júri numeroso (de início os Bispos estavam incumbidos da Inquisição, mas depois tais funções foram estendidas a delegados da Santa Sé — Concílio de Toulouse, 1229 — normalmente religiosos das ordens mendicantes, dominicanos e franciscanos).

As Assembléias de julgamento eram públicas e solenes e os condenados à morte eram queimados vivos.

Na Espanha, quando ela foi instituída, em 1479, houve procedimentos sumários (que não deixaram de provocar protestos do papado), onde eram condenados judeus convertidos, muçulmanos e protestantes.

Em Portugal a Inquisição foi instituída em 1531, por D. João III, autorizado por uma bula papal. Nesse país, o movimento atingiu seu maior rigor a partir de 1539, quando o Cardeal Don Henrique, futuro rei, foi nomeado Inquisitor-mór.

No Brasil nunca houve o estabelecimento da Inquisição, mas sim visitasções (1531 e 1618), de comitivas inquisitórias compostas por um visitador, um notário e um meirinho. Os visitadores recebiam denúncias secretas e obtinham confissões mediante tortura, julgando, condenando e aplicando as penalidades.

Estima-se que em Portugal e no Brasil, durante os trezentos anos em que existiu, a Inquisição julgou entre 25.000 a 35.000 pessoas, das quais cerca de 15.000 foram condenadas à morte.

A Inquisição só foi abolida na Espanha e em Portugal, no séc. XIX.

Os crimes dos heréticos eram as práticas judaicas, maometanas ou luteranas, feitiçarias ou sacrilégios, bigamia e sodomia.

9. Pena de morte: Deus não a admite! Os homens não a querem!

A instituição da pena de morte no Brasil e em qualquer outro país do mundo não é salutar.

Enganam-se aqueles que acham que há base bíblica para sua instituição.

No Velho Testamento, é claro, sob o império da LEI, vemos que o ordenamento jurídico inspirado por Deus a Moisés, a impingia.

Porém, se lermos com atenção o cap. 4 do Livro de Gênesis, veremos que a

pena de morte não é da vontade de Deus. Vemos ali, no versículo 8, que Caim mata Abel, não se auto-dominando, como lhe ordenara Deus no versículo 7. E qual foi a pena que lhe aplicou Deus. Certamente não foi a pena de morte, ainda que Caim a desejasse. Pelo contrário, Deus até protegeu Caim dessa pena: "E pôs o Senhor um sinal em Caim para que o não ferisse de morte quem quer que o encontrasse" (Versículo 15).

Hoje já temos o Novo Testamento. Estamos no tempo da *Graça* e, seguramente, não há ordem ou aceitação de Deus para a pena de morte.

Se lermos com atenção todo o Novo Testamento, não vamos encontrar um servo de Deus, sequer um, matando alguém.

É claro que há alusões à pena de morte, como dizem os que a defendem à luz da Bíblia. Isso ocorre porque Jesus, Paulo, Pedro e o ladrão da cruz, viviam numa época em que existia a pena de morte. Logo, quando Paulo diz que se sujeita a ela, é como se alguém dissesse, hoje, que está disposto a ir para a prisão, ou pagar uma multa. Da mesma forma, quando Cristo diz a Pedro que não deve usar a espada, quer proteger seu apóstolo da pena de morte que existia na época.

Mais do que nunca, o sexto mandamento deve ser obedecido: "Não matarás" (*Êxodo*, 20:13), porque confirmado no Novo Testamento: "Porquanto, aquele que disse, não adulterarás, também ordenou: Não matarás. Ora, se não adulteras, porém, matas, vens a ser o transgressor da lei" (Tiago, 2:11).

"Pois isto: Não adulterarás, não matarás, não furtarás, não cobiçarás, e, se há qualquer outro mandamento, tudo nesta palavra se resume: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo" (Romanos, 13:9).

Não podemos correr o risco de estabelecer a nossa própria justiça, esquecendo-se da que vem de Deus: "Porquanto, desconhecendo a justiça de Deus, e

procurando estabelecer a sua própria, não se sujeitaram à que vem de Deus" (Romanos, 10:3).

Esse Deus que disse: "Não temais, pois! Bem mais valeis vós do que muitos pardais" (Mateus, 10:31), sem dúvida alguma não pode querer que a pena de morte seja implantada.

Aliás, para que matar fisicamente um criminoso, se ele "está morto em seus delitos e pecados" (*Efésios*, 2:1) e se "nenhuma condenação há para os que estão em Cristo Jesus (Romanos, 8:1)?

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, estarei negando que Deus transforma e perdoa.

Quantos testemunhos de ex-criminosos transformados pelo poder maravilhoso de Jesus nós já não vimos? "E assim, se alguém está em Cristo, é nova criatura: as cousas antigas já passaram; eis que se fizeram novas." (II Coríntios, 5:17).

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, estarei me esquecendo do que disse Estevão (Atos, 7:60), "Senhor, não lhes imputes este pecado", ou o que disse o próprio Cristo (Lucas, 23:34), "Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem".

Se eu, como cristão, for favorável à pena de morte, jamais poderei fazer a oração do *Pai Nosso*, que Cristo nos ensinou (perdoa nossas dívidas, assim como temos perdoado aos nossos devedores).

Para finalizar, basta citar um último texto bíblico que fecha a questão: "Deus não nos trata segundo os nossos pecados, nem nos retribui consoante as nossas iniquidades." (Salmo, 103:10).

Juridicamente falando, não há como aceitar-se a instituição da pena capital: a) Ela não traz nenhuma intimidação ao criminoso. Quando alguém está praticando um crime não está pensando que pena vai encontrar pela frente, mas sim que seu crime não será descoberto; b) Essa pena vigorou no Brasil por 390 anos e

em outros países por muitos anos. Vigora, ainda, em alguns países e Estados norte-americanos. As estatísticas mostram que ela não fez diminuir a criminalidade. Nos países onde ela foi abolida o crime não aumentou. Nos países onde ela existe, os linchamentos aumentaram; c) Devemos nos preocupar em recuperar e ressocializar o delinquente, o que é plenamente possível se as estruturas que a lei exige forem criadas; d) Devemos acabar com a fome, a miséria e a corrupção, melhorando a qualidade de vida do povo e diminuindo, assim, a criminalidade; e) A instituição da pena de morte é retroagir no tempo. Não podemos permitir que os grandes progressos conseguidos na área da Política Criminal sejam desprezados; f) Com a instituição da pena de morte, o erro judiciário não poderá, jamais, ser reparado; g) Se depender de jurados, mais fácil será a absolvição de alguém, ante pequena dúvida, do que a aplicação da pena de morte.

10. Considerações finais

Como vimos, nosso Sistema Carcerário, na forma em que se encontra, por culpa exclusiva do Poder Executivo, impede que a Lei de Execução Penal Brasileira, que em muitos aspectos é excelente, seja cumprida.

Como vimos, também, a falência da execução das penas no Brasil, seja a privativa de liberdade, pela superlotação dos presídios, falta de Colônias Penais Agrícolas e Casas de Albergados, sejam as restritivas de direito, por falta de participação da comunidade como um todo, não tem feito com que diminuam os índices de reincidência (porque a ressocialização e readaptação do condenado não vem sendo feita), nem que crimes bárbaros sejam cometidos (porque não há certeza de punição).

Ficou bastante claro que a instituição da pena de morte só contribuiria para agravar a situação, já que a tendência do moderno Direito Penal é, até, pela diminuição da aplicação das penas privativas de liberdade.

A solução do problema todo está em se corrigir as pequenas deficiências existentes em nossa Lei de Execução Penal, utilizando-se da experiência dos magistrados que atuam na área e lutar para a conscientização dos Poderes Legislativo (para que aprove as mudanças em regime de urgência) e Executivo (para que invista no Sistema carcerário do país) e da própria Comunidade (para que entenda que todos devem participar desse problema).

Para encerrar, acho necessário citar mais um pequeno texto de Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito em São Paulo, Mestre em Direito Penal pela USP e Doutorado no mesmo ramo em Madrid, na Espanha (RT 684/286-287): "Estamos longe ainda de alcançar o sistema ideal, é dizer, um sistema penal e penitenciário totalmente humanizado, mas é inegável o progresso obtido.... a Criminologia e particularmente a Penologia puseram de manifesto a impossibilidade de ressocialização na prisão, é dizer, não se prepara a pessoa para a liberdade, privando-a da liberdade. Essa descrença na ressocialização com a conseqüente perda de credibilidade da pena privativa de liberdade, ao lado do princípio da humanidade, constitui, talvez, a característica mais importante da Política penal dos últimos anos, destacando-se: a) o desaparecimento da pena de morte ou, pelo menos, de sua limitação; b) o deslocamento da pena privativa de liberdade de seu lugar central no sistema punitivo; c) a substituição da pena privativa de liberdade por sistemas de tratamento; d) a substituição das penas privativas de liberdade por outras medidas alternativas..."

11. Bibliografia

- AKERMAN, Abrahão, *Universo — A grande enciclopédia para todos*, 1.a ed., S. Paulo, Editora Três, 1973, vol. VI, p. 2772/2773.
- ALBERGARIA, Jason, *Comentários 'a lei de execução penal*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Aidé, 1987, p. 326.
- ALMEIDA, João Ferreira de, *A Bíblia Vida Nova*, 2.a ed., S. Paulo, S.R. Edições Vida Nova, 1978, p. 1300.
- BECCARIA, Césare, *Dos delitos e das penas*, 1.a ed., S. Paulo, Hemus Editora Ltda., 1983, p. 118.
- BONFIM, José Viana, *Pena de antecipação da morte — medida de defesa social de antecipação da morte — e outros temas*, 1.a ed., Curitiba, J. Viana Bonfim, 1991, p. 121.
- CHAVES JUNIOR, Edgard de Brito, *Direito Penal e Processo Penal Militar*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 185.
- COSTA JR., Paulo José da, *Comentários ao Código Penal: parte geral (Lei 7.209 de 11-7-1984)*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986, p. 507.
- DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, 3.a ed., atualizada e ampliada por Roberto Delmanto, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1991, p. 830.
- FRANÇA, Rubens Limongi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 57, pp. 395 a 408, 415 a 416 e 434 a 436.
- FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 3.a ed., S. Paulo, Ed. RT, 1990, p. 1918.
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, Forense 1980, vol. I, T. I, p. 400.
- JESUS, Damásio E. de, *Código de Processo Penal Anotado*, 8.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 745.
- , *Código Penal Anotado*, 1.a ed., S. Paulo, 1989, p. 910.
- , *Comentários ao Código Penal: parte geral de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986, vol. 2, p. 355.
- , *Direito Penal*, 10.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1985, vol. 1, p. 648.
- LINS E SILVA, Evandro, *A Defesa tem a palavra*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Aidé, 1980, p. 334.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal, Comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84*, 2.a ed., S. Paulo, Editora Atlas S/A, 1988, p. 500.
- , *Manual de Direito Penal*, 6.a ed., S. Paulo, Editora Atlas S/A, 1991, vol. 1, p. 425.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à lei de execução penal: Lei n. 7.210, de 11-7-1984*, 1.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 275.
- NORONHA, E, Magalhães, *Direito Penal*, 17.a ed., S. Paulo, Saraiva, 1979, vol. 1, p. 449.
- OLIVEIRA FILHO, João de, *Origem cristã dos direitos fundamentais do Homem*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 76.
- OURSLEER, Fulton, *O maior livro do mundo — a história do Velho Testamento*, 1.a ed., S. Paulo, Edições Melhoramentos, p. 396.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, S. Paulo, Ed. RT, 1990, 1991 e 1992, vol. 651, 662, 663, 664, 670, 674, 684.
- SILVA, Emílio, *Pena de Morte já*, 1.a ed., Rio de Janeiro, Revista Continente Editorial, 1986.

A REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL PROPOSTAS PRELIMINARES

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado. Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal.
Membro da Associação Juízes para a Democracia. Sócio fundador do Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais e Diretor da Revista Brasileira de Ciências Criminais

1. Todo movimento tendente à reforma de uma codificação obriga a uma prévia definição de direções, dos rumos enfim, que se pretende imprimir ao trabalho a ser empreendido.

Uma coisa é o processo de mera atualização de texto, ou seja, o aproveitamento da estrutura física do código existente, com a introdução de novas figuras delitivas ou a exclusão de tipos já esclerosados. A legislação penal continuaria, nesse caso, atrelada aos mesmos pontos de partida que lhe serviram de alavanca. O CP de 40 foi publicado numa época em que os padrões éticos possuíam grande estabilidade. A sociedade brasileira, isolada do contexto mundial, não apresentava um nível maior de complexidade e sua economia de sustentação, até então de caráter eminentemente rural, dava os primeiros passos no sentido da industrialização. Ideologicamente, o país estava inserido numa linha autoritária e o modelo de legislação penal adotado foi o Código Rocco que atendia, em princípio, a um esquema centralizador do Estado. A ordem e a relevância do quadro referencial de bens jurídicos tutelados não sofreriam, numa ótica estritamente atualizadora, nenhuma alteração de monta, como se a Sociedade e o Estado fossem realidades quase inertes, estáticas, sem nenhum dinamismo interno.

Posição inteiramente diversa é aquela que parte da consideração de que o CP retrata, mais do que qualquer outra codificação, não apenas a fase por que passa um determinado país, "o momento de civilização a que o mesmo chegou",¹ mas também o jogo de interesses que encontra significado nas forças políticas que exercem pressão ou têm hegemonia em nível legislativo. Uma reforma penal exige, portanto, não somente a atualização, pura e simples, do elenco de figuras criminosas, mas, em verdade, uma tomada de posição diante da realidade ética, política, econômica e social do país. Não basta o trabalho de pinçar, nessa realidade, a partir de um quadro legislativo já estruturado (e, na hipótese em exame, num regime político autocrático), condutas que se afigurem lesivas ou que ponham em perigo alguns bens jurídicos. É mister algo mais. É necessário que se definam, no contexto de uma determinada estrutura estatal, para efeito de equacionar a relação tensional "delinqüente-sociedade", as linhas mestras de intervenção do Estado no direito de liberdade do cidadão. É indispensável que se esclareçam quais as forças políticas que estão à retaguarda dessa estrutura estatal e quais os princípios idôneos a limitar, no processo legislativo, o exercício do poder punitivo. Só, então, se tornam factíveis a seleção dos bens,

valores e interesses merecedores de tutela penal, e a descrição, com propriedade e, de forma clara, taxativa, dos comportamentos que se mostrem reprováveis e, portanto, em condições de receber sanção punitiva. Sob tal enfoque, não se pode fugir à idéia de que uma reforma penal não significa apenas coloca em dia a pauta típica, mas dotar o país de um sistema punitivo que se mostre, na medida do possível e nos limites do referencial político dominante, adequado às necessidades de seu momento histórico e sensível às transformações sofridas pela sociedade.

Entre o Código de 40 e a atualidade já transcorreu mais de meio século e nesse lapso temporal, o mundo (e nele, o Brasil) se modificou, de modo marcante. Uma guerra mundial e conflitos limitados foram travados. Assistiu-se à derrubada dos "muros" ideológicos, mas os totalitarismos continuaram às soltas. As sociedades modernizaram-se e os processos de desenvolvimento tecnológico, desprovidos de qualquer direção ética, tiveram impulso incomum. A energia atômica tanto foi manipulada para o bem, como para o mal. Aviões supersônicos, satélites com as mais variadas finalidades, e mísseis reduziram os espaços físicos e tornaram menor o universo: puseram em xeque a idéia de soberania nacional e desvendaram os segredos militares estatais. Os meios de comunicação de massa assumiram um poder político de incrível expansão e de difícil controle. Os computadores, dos mais simples aos mais aprimorados, passaram a ser instrumentos de uso comum, armazenando um volume inimaginável de informações. Aparelhos extremamente sofisticados invadiram a privacidade das pessoas. As ciências bio-médicas chegaram às técnicas de reprodução assistida e a engenharia genética não terá dificuldade maior, num

futuro não tão remoto, de produzir concretamente o homem-clone do *Admirável Mundo Novo*. A psicanálise desvendou os intrincados atalhos da alma humana e a mulher, após longa luta, ocupou, na sociedade, o seu espaço público.

Participando desse mundo tão complexo e tão diferenciado, o Brasil conheceu, em confronto com o ano de 1940, transformações profundas, radicais. Depois de um período não muito longo de regime democrático, chafurdou-se em cheio na doutrina autoritária da segurança nacional, de onde logrou, depois de décadas, e após obstáculos imensos, sair para atingir, agora, com a CF de 1988, o Estado Democrático de Direito. A sociedade brasileira já é outra bem diversa, apresentando níveis e padrões variados de desigualdades, que permitem a convivência, lado a lado, num equilíbrio de contínua instabilidade, segmentos sociais de alto gabarito econômico e extrema pobreza. A economia tornou-se um processo de difícil compreensão: a industrialização deu causa a uma concentração de riqueza em mãos de poucos e um inquestionável alargamento das faixas dos hipossuficientes. Os meios de comunicação de massa inseriram a comunidade nacional no contexto mundial e num processo de contínuas e expressivas mudanças no qual determinados valores éticos perderam o peso e o significado que lhes eram emprestados, nos idos de 1940, num mundo praticamente paralisado no tempo.

É evidente, assim, que uma reforma da Parte Especial do CP requer mais do que uma simples atualização do texto de 40, pois a adoção desse entendimento não conduziria ao rejuvenescimento de uma estrutura envelhecida, atacada de ancilose. O Brasil de hoje é um outro país e uma reforma do sistema penal deve captar a nova realidade para dela extrair todas as suas conseqüências.

2. A tarefa de reformular a Parte Especial do Código Penal, sob o enfoque da perspectiva aventada, impõe a menção a algumas propostas preliminares que devem servir de diretivas para que se leve a termo o plano de trabalho. Tais diretrizes podem ser explicitadas através das seguintes idéias-força:

2.1 A necessidade de que a Parte Especial do CP se mostre conforme à CF e aos Tratados ou Convênios Internacionais subscritos pelo País.

A Constituição Federal de 1988 constituiu, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, fundamentado nos princípios especificados em seu art. 1.º. Esta definição constitucional tem um significado próprio que não pode ser descurado pelo legislador ordinário, máxime em matéria penal. Um Estado Democrático de Direito não convive, por ser um Estado de Direito, com um poder punitivo estatal absoluto, desregrado, ou puramente persecutório, mas apenas com um poder punitivo submetido ao Direito, isto é, limitado pelo princípio da legalidade, nos seus aspectos de garantia criminal, penal, processual e de execução. Além disso, um Estado Democrático de Direito, por ser um Estado Democrático, não suporta um poder punitivo estatal que desrespeita a dignidade da pessoa humana, que não reconhece a cidadania, que despreza o pluralismo político ou que infringe o princípio da igualdade real entre os homens. Ora, num Estado Democrático de Direito, é, portanto, a Constituição o eixo, o ponto central que suporta todo o sistema punitivo. Tanto a tábua de direitos e liberdades fundamentais do cidadão, como os princípios que regem a vida política, econômica e social do país, reconhecidos na CF ou resultantes de compromissos assumidos na ordem internacional, constituem a matéria prima de que o legislador ordinário, na seleção dos bens jurídicos, na descrição típica ou na cominação de pe-

nas, deve levar na devida conta. Com razão, afirma-se que “o marco constitucional é, pois, uma referência inicial que permite fazer a seguinte e fundamental consideração: todos e cada um dos bens jurídicos que o CP tutela, encontram base constitucional e, o que é mais importante, não há nenhum só delito em que não seja factível apreciar sua vinculação a um valor constitucionalmente declarado”.²

2.2 A “dignidade da pessoa humana”, como limitação material ao exercício do poder punitivo e conceito-chave da Parte Especial do Código Penal.

Um Estado Democrático de Direito define-se, substancialmente, pelo reconhecimento e pelo acatamento de certos valores básicos dos quais se destaca, como sendo o mais relevante, o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III, da CF). Com inteiro acerto, Vieira de Andrade destacou que a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional estruturante “está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos; só ganham sentido enquanto *ordem* que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus atos e atributos. E esse princípio da dignidade da pessoa humana há de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)”.³ É evidente, assim, que a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de *todos* os direitos fundamentais consagrados na CF. E se assim o é, não pode o legislador ordinário, em especial, o legislador penal, furtar-se à sua vinculação ao princípio. Bem por isso, numa página modelar, Juarez Tavares observa que “a proteção

à dignidade serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade. Concebida, agora, não mais como preceito puramente abstrato, mas valor concreto de cada ser humano, a invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas. Igualmente, tendo em vista a concretude dessa dignidade no mundo social, induz ela a consideração de todos os seus condicionamentos, o papel social do réu, sua postura diante das exigências da própria ordem jurídica e a possibilidade concreta de seu atendimento. Por isso, seria atentatória à dignidade uma lei que dispensasse o mesmo tratamento a menores e adultos, a mentalmente sãos e enfermos, a indígenas e civilizados. Do mesmo modo, a norma que equiparasse condutas dolosas e culposas, ou que não tomasse em conta as atitudes posteriores ao fato, que lhe minorassem as consequências ou a que estendesse a exigência de reparação do dano tanto aos solventes quanto aos insolventes, fizesse converter em pena punitiva de liberdade, independentemente da capacidade financeira do agente em poder pagá-la ou não. Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem um maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução".⁴

Mas a dignidade da pessoa humana não funciona apenas como um conceito negativo para efeito de vincular o legis-

lador penal, impedindo-o de formular dispositivos legais que possam ferir aquele princípio fundamental. É também um conceito positivo na medida em que centra, na Parte Especial do CP, a tutela da pessoa humana, com a composição típica das condutas tendentes à sua lesão e com a previsão de penas a elas aplicáveis. Se a estrutura física ou psíquica da pessoa é violada (vida, integridade individual, identidade pessoal, liberdade de autodeterminação, etc); se a sua dimensão estática (honra, privacidade, inviolabilidade do domicílio, etc) ou se sua dimensão dinâmica (liberdade de locomoção, liberdade sexual, liberdade de manifestação de pensamento etc) são atingidas;⁵ se ela é subordinada a penas humilhantes ou cruéis; é ainda a pessoa humana, que sofre na sua dignidade. A pessoa humana carece de dignidade toda vez que sua liberdade, sob o ângulo que for apresentada, padeça de qualquer tipo, por menor que seja, de restrição.

2.3 A preocupação, como objetivo básico da Parte Especial do CP, em apontar a lesão ou o perigo de lesão a bens jurídicos.

É fora de dúvida que a legislação penal positiva deve ser organizada em função de determinados bens jurídicos merecedores de proteção, de defesa. É indubitoso também que os bens jurídicos servem de parâmetros para a ordenação sistemática da Parte Especial na medida em que permitem classificar e aglutinar os diferentes comportamentos humanos idôneos a atingi-los. Dizer isso não é, no entanto, dizer tudo, nem o mais importante. Mais do que uma afirmação formal de que o bem jurídico é o fulcro, o ponto central do delito, interessa enfatizar que só a exteriorização da lesividade ou do perigo de lesão ao bem jurídico poderá ensejar o exercício do poder punitivo em relação ao direito de liberdade do cidadão. O princípio da ofensividade é, portanto, o

centro de gravidade de todo o direito penal não totalitário na medida em que permite apartar da noção de crime as meras atitudes interiores, as condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, as opções pessoais que expressem o direito à diferença ou os fatos materiais não lesivos de nenhum bem jurídico. Mas não é só. O conceito de bem jurídico não pode prescindir de um conteúdo material porque, caso contrário, como observa Muñoz Conde não escapa à “perversão”. A elevação à categoria de bem jurídico, quer dizer, de valor respeitável e que deve ser respeitado, de determinadas vantagens e interesses em benefício de uns poucos em prejuízo da maioria é uma forma evidente de manter o *status*, de reagir frente a tudo que signifique progresso e de conservar, a todo custo, a atual situação. Deste modo, abusa-se do Direito Penal como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes, colocando-se, por exemplo, a oposição política à margem da lei, castigando os ataques a bens jurídicos instrumentais — a propriedade privada, por exemplo — com a mesma gravidade ou até mais gravemente do que os ataques à vida, à saúde ou à liberdade ou considerando como “direitos naturais”, imutáveis e permanentes, o que não é mais do que interesse pessoal e egoístico dos que detém o poder.⁶ Bem por isso, a idéia de Estado Democrático de Direito, cujos valores fundamentais são a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a justiça, a liberdade e a igualdade “deve presidir a formação desse conceito material de bem jurídico. Um conceito elaborado sobre tais bases estaria em melhores condições para desempenhar a função garantidora que normalmente se lhe atribui, desde o momento em que poderia aparecer como concreção de um preceito constitucional, vinculante para o legislador ordinário não apenas ideologicamente, mas também a partir da mais estrita positividade”.⁷

2.4 A configuração da Parte Especial do CP a partir do princípio da intervenção mínima

Embora o texto constitucional não se refira explicitamente ao princípio da intervenção mínima, força é convir que tal princípio se mostra em concordância com os princípios e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal e seu reconhecimento pode ser tranquilamente efetuado, com base no § 2.º do art. 5.º que reza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, etc”. E, realmente, é um contra-senso que se constitua um Estado Democrático de Direito, firmado sobre a “dignidade da pessoa humana” e com objetivos definidos de construir “uma sociedade livre, justa e solidária” e de promover o “bem de todos” e se admita, ao mesmo tempo, um Direito Penal que se imiscua em todo e qualquer conflito, por mais tênue que seja, surgido na sociedade. A existência de normas punitivas para efeito de reger relações tensionais, de mínima intensidade, provocaria, sem dúvida, uma inflação penal a dano da liberdade e da dignidade da pessoa humana e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Bem por isso é inarredável o reconhecimento, em nível constitucional, como regra implícita ao sistema, do princípio da intervenção mínima pelo qual o Direito Penal só deve intervir em relação às condutas humanas que constituam ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância. A intervenção do Direito Penal na vida social deve, destarte, ficar reduzido ao mínimo possível.

A acolhida do princípio da intervenção mínima, na construção da Parte Especial do CP é, portanto, de inquestionável relevância. A manifestação preliminar do legislador penal sobre os bens jurídicos que devem ser protegidos; a preferência a ser estabelecida entre eles, e o signi-

ficado de cada um constituem, sem dúvida, tarefa fundamental, pois é a partir dessas tomadas de posição que a postura ideológica desse legislador — o seu respeito ou não ao Estado Democrático de Direito — poderá ser avaliada. Além disso, o princípio da intervenção mínima correlaciona-se estreitamente com dois outros significados relevantes do Direito Penal: o seu caráter fragmentário e a sua natureza subsidiária. O caráter fragmentário do Direito Penal deixa patente a sua impossibilidade de formular um sistema contínuo de ilicitude e o força, por isso, a selecionar os bens tuteláveis e as formas de sua ofensa. Por outro lado, a natureza subsidiária do Direito Penal indica que a intervenção penal do Estado só se mostra correta quando já se exauriram todas as demais possibilidades não penais para a solução dos conflitos. Destarte, “excluem-se do Direito penal todos aqueles problemas que possam ser razoavelmente resolvidos por via do direito privado ou do direito administrativo”.⁸

2.5 A adoção, na Parte Especial do CP, de normas técnicas de composição de tipos e de cominação de penas, aptas a assegurar uma maior certeza do direito.

A técnica legislativa adotada para a descrição de condutas proibidas ou ordenadas e para a cominação de penas deve ser, atualmente, objeto de uma ponderada reflexão. É sabido que o legislador, por mais atento observador que possa ser, não tem condições de pormenorizar as condutas humanas ensejadoras de composição típica. A realidade é muito mais fértil e fantasiosa do que sua capacidade de percepção e de apreensão. Uma descrição fática, ainda que extremamente rica em minúcias, corre o risco de ser sempre insuficiente para abarcar todo o espectro de ações do ser humano que se mostra, a todo momento, surpreendente e problemático. O máximo de concreção

descritiva não impediria o surgimento de incontáveis procedimentos, merecedores de punição, que permaneceriam, contudo, em face da proibição de interpretação analógica, à margem do tipo. Daí procurar o legislador a montagem de estruturas típicas mais flexíveis, dotando-as de uma linguagem menos casuística, de forma a tutelar, com melhor eficiência, os bens, valores e interesses que embasam a sociedade. O apelo a uma redação genérica não significa, porém, que ele possa idear figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas. Há que impor limites a esse processo de generalização, sob pena de inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de consequência, a função garantidora do tipo. A adoção de um critério descritivo mais abstrato importa o dever do legislador de “classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais” e de “destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Somente através do jogo combinado de generalização e de diferenciação, criam-se as bases metodológicas da formação de tipos em direito penal, através das quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática”.⁹ O desprezo ao “jogo combinado de generalização e de diferenciação”: conduz o legislador desavisado ou malicioso ao emprego de “cláusulas gerais” na descrição da conduta proibida ou ordenada, instalando-se assim o regime da indeterminação do tipo, o que se traduz na negação do próprio princípio da legalidade e no estabelecimento da incerteza na aplicação da lei penal. Destarte, a técnica legislativa de formar tipos, utilizando-se de cláusulas gerais é tida de todo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do mesmo modo, não pode o legislador penal determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena. Se se omite de sua específica

missão de determinar adequadamente um mínimo e um máximo de pena e estabelecê-la, por comodismo ou por irresponsabilidade, margens extremamente largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois, ao invés do desejado e discreto arbítrio judicial, indispensável à individualização da pena, instaura-se o regime da arbitrariedade judicial em que um quadro de inúmeras opções despropositadas encontra forma de expressão. As "margens penais" amplas envolvem o juiz em legislador, já que envolvem uma renúncia do legislador à determinação da medida da pena, relegando essa missão ao juiz.

Em resumo, na estruturação da Parte Especial do CP, é mister que o legislador *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza, esforçando-se na evitação de cláusulas gerais, os atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-la inconfundível com outra e *combine* pena balizada dentro de limites não exagerados.

2.6 Tornar a Parte Especial do CP o centro do sistema penal, reduzindo, correlativamente, o peso da legislação especial, que assumiu proporções absurdas.

A quantidade de diplomas legais que abordam matéria penal tem sofrido, ultimamente, um acréscimo, que chega ao nível do disparate. Exemplificando-se, apenas, com os três últimos anos (1990, 1991 e 1992), o elenco de figuras criminosas, estruturadas à margem do CP, alcança um número assustador. No ano de 1990, foram publicadas as Leis 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072 (Crimes Hediondos), 8.078 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), 8.137 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra relações de consumo). No ano de 1991, a Lei 8.176, contendo novos crimes contra a ordem

econômica. No ano de 1992, a Lei 8.429, que cuida do enriquecimento ilícito e de atos de improbidade dos agentes públicos e, mais recentemente, a Lei 8.489 (Lei de Transplantes) que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos ou científicos. Tais diplomas legais não se resumiram, apenas, em tratar matérias não versadas no CP. Foram muito além. Alguns (e, em particular, a Lei de Crimes Hediondos) deram-se ao luxo de modificar preceitos acolhidos na Parte Geral do CP e tumultuaram, em particular, o sistema de penas da Parte Especial, criando situações em que a pena cominada se mostra em absoluta dessintonia com a gravidade ou a danosidade do fato criminoso praticado.

A esta recente multiplicação de leis penais especiais, deve ser acrescido o número não pequeno de outros diplomas legais que, fora do CP, cuidam especificamente de matéria criminal (crimes falimentares, crimes de imprensa, crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica, crimes de prefeitos e vereadores, crimes contra a propriedade industrial, crimes de abuso de autoridade, crimes relativos ao parcelamento do solo urbano etc.). É evidente a dificuldade criada pelo legislador, não apenas ao julgador, mas também ao intérprete, para um exame apropriado do quadro geral de figuras criminosas e de penas organizado no País. Para pôr cobro a tal situação, seria, sem dúvida, incorreto sugerir uma consolidação da legislação penal extravagante, pois se estaria, em verdade, criando uma Parte Especial paralela à do CP. A única proposta viável, nesta altura, mostra-se, sem dúvida, a de conduzir os crimes previstos na legislação especial ao próprio CP. Através desse processo de absorção seria possível evitar eventuais conflitos tipológicos; organizar um quadro de penas proporcionado e, portanto,

livre de distorções, e permitir a aplicação uniforme das regras contidas na Parte Geral do Código Penal. Só assim o CP poderá recuperar sua posição de centro de todo o sistema penal.

2.7 Solução, na Parte Especial, de pontos de divergência assinalados pela jurisprudência.

Uma nova Parte Especial do CP não pode ser elaborada com o desconhecimento de questões que têm sido objeto de discussões ou discordâncias em nível jurisprudencial. É possível a figura do homicídio qualificado-privilegiado? A gravidez resultante de atentado violento ao pudor poderá, ou não, tornar impunível o aborto praticado por médico? O que vem a ser o "perigo de vida" para efeito de tornar a lesão corporal de natureza grave? É admissível a difamação contra a pessoa jurídica? A "trombada" é furto ou roubo? O furto privilegiado é aplicável ao furto qualificado? É punível, ou não, o "furto de uso"? Qual o conceito de "arma" para efeito de aumentar a pena do roubo: é circunstância objetiva ou subjetiva? O estelionato absorve a falsificação de documento público ou esta àquele? Ou as duas figuras caracterizariam um concurso material ou um concurso formal de delitos? O estupro e o atentado violento ao pudor seriam apenas admissíveis em concurso material ou poderia entre eles existir continuidade delitiva? As presunções de violência, nos crimes sexuais, são de caráter absoluto ou relativo? Essas e inumeráveis outras questões que causam dissensões jurisprudenciais necessitam encontrar respostas em nível legislativo, o que evitaria, sem dúvida, a sobrecarga recursal que onera os Tribunais. Isto não significa que se encontre solução legal para toda e qualquer divergência: esta sempre existirá em número maior ou menor. O que se pleiteia, em verdade, é a possibilidade de

diminuição dos pontos de conflito já detectados.

2.8 Modificações de dispositivos da Parte Geral, em razão da Constituição Federal e da estrutura adotada pela Parte Especial.

A Lei 7.209, de 1984, provocou alterações substanciais em diversos institutos penais e no sistema de penas constantes da Parte Geral do CP.

Entre o referido diploma legal e o momento atual, foi promulgada a CF de 1988, com reflexos inquestionáveis em matéria penal como, por exemplo, o reconhecimento da imprescritibilidade de alguns delitos (a prática do racismo ou a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, art. 5.º, XLII e XLIII, da CF), a proibição de determinados tipos de sanção punitiva (pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, art. 5.º, XLVII, da CF), a adoção de determinadas espécies de pena (art. 5.º, XLVI da CF), o direito da presidiária de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, da CF), etc.

Torna-se, desse modo, discutível, em face do novo texto constitucional, se a imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal, em relação a certos e determinados fatos delitivos, não significaria uma ofensa ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Não haveria, nessa hipótese, como ressaltar Juarez Tavares, uma posição incompatível com aquele princípio? Não se tomaria, então, o "ser humano como meio da consecução de fins políticos do próprio Estado, como objeto de prevenção geral, sem a menor consideração com as alterações que podem, ocorrer na personalidade e na mentalidade do autor desses fatos e a sua reinserção no meio social, já desprovido da ideologia discriminatória ou autoritária de que era portador"?¹⁰ E, nesse caso,

não se estaria diante de uma norma “inconstitucional”? Como seria solucionável este fenômeno de tensão ou até mesmo de antagonismo entre dispositivos constitucionais? Pelo reconhecimento de que existe uma “ordem de valores: preexistente e suprapositiva, que vincula e modela a própria Constituição, como defende, com propriedade, Juarez Tavares?” Ou se entende, como observa Gomes Canotilho, que, em matéria de interpretação constitucional, os princípios não obedecem, em caso de conflito, a “uma lógica de tudo ou nada”, “antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso”?¹¹ Como equacionar a questão da imprescritibilidade de certos crimes em nível de Parte Geral?

Por outro lado, a partir do reconhecimento de que não se acomoda à CF o princípio da responsabilidade objetiva, a disciplina da embriaguez voluntária ou culposa não tem mais razão de ser. Da mesma forma, em face do princípio constitucional da humanidade da pena, como admitir medida de segurança sem prazo máximo de duração e, portanto, como uma sanção perpétua, de caráter penal?

Além disso, com a reformulação da Parte Especial do CP, outras mudanças, principalmente, no sistema de penas, podem tornar-se necessárias. Atualmente, entre as características do ordenamento punitivo, incluem-se: a) a existência de penas de larga dimensão temporal ao lado de penas de curta duração; b) as penas restritivas de direito como substitutivas da pena privativa de liberdade; c) a pena de multa, na modalidade do dia-multa, d) a possibilidade de aplicação da multa substitutiva em relação à pena privativa de liberdade não superior a seis meses.

É necessário que se modifique o critério cominativo da pena de privação de liberdade, levando-se sempre em conta

que a gravidade do delito é determinada pela quantidade mínima, e não, pela quantidade máxima de pena. Urge, ainda, que se preestabeleça uma proporção entre os dois extremos, mínimo e máximo punitivos, propiciando-se, desse modo, a formulação de um quadro punitivo mais equilibrado e sem distorções. É absurdo, ademais, prever-se penas privativas de liberdade de larga duração quando se sabe *a priori* que não são aplicadas. Por isso, é sempre preferível reduzir a duração legal dessas penas para torná-las de cumprimento efetivo. A pena máxima, regra geral, não deve ultrapassar a margem de vinte anos, admitindo-se, apenas, em situações típicas mais sérias, que se atinja o parâmetro de trinta anos. Mas, ao mesmo tempo, os regimes prisionais e alguns benefícios prisionais devem ser revistos e os indultos (ou comutações de pena) aplicados, indistintamente, devem ser banidos. Por outro lado, as penas privativas de liberdade, quando iguais ou inferiores a dois anos, devem ser substituídas pelas penas restritivas de liberdade (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, ou outras que possam ser criadas) ou quando iguais ou inferiores a um ano, pela multa substitutiva. As penas restritivas de direitos, com duração temporária variada, devem adquirir autonomia conceitual e podem, ou não, representar um *plus*, em relação à pena privativa de liberdade. Algumas vezes, previstas, alternativamente, podem ser impostas em lugar da pena privativa de liberdade, por atender melhor, em situações típicas especiais, às finalidades da punição. Outras vezes, cominadas cumulativamente, podem ser aplicadas com a pena privativa de liberdade. Uma nova Parte Especial do CP recomenda, portanto, uma modificação de amplitude, no sistema punitivo, e assim, uma reforma de alguns preceitos atinentes à Parte Geral.

2.9 A introdução, na Parte Especial do CP, de fatos contravencionais relevantes e a despenalização das demais infrações contravencionais.

Não há dúvida de que o Estado, de maneira progressiva, tem alargado sua atuação nos campos da economia, da saúde, da educação, da cultura, da ecologia etc. A crescente intervenção estatal estabelece regras de conduta que, não obedecidas, exigem a formulação de um quadro sancionatório. Exigir-se, no entanto, que tais sanções tenham um caráter penal constitui um manifesto desgaste, uma evidente diminuição para o Direito Penal. Na medida em que o princípio da intervenção mínima tem vigência e significado na área penal, é óbvio que o Direito Penal deve ser reservado a atuar exclusivamente nos casos de ataques graves a bens jurídicos relevantes. Os recursos de que dispõe devem ser endereçados às tarefas de prevenção e de repressão da criminalidade mais grave. Quando se cuida, no entanto, do que se denominou, no passado, de "delitos veniais", o Direito Penal cede lugar à atuação de outros ramos do Direito. Destarte, o Direito Penal deve deixar aberto "um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal".¹² A despenalização das infrações contravencionais corresponde, portanto, a uma necessidade fundamental do moderno Direito Penal.

Por outro lado, os fatos contravencionais graves, que põem em perigo bens jurídicos de relevo (como, p. ex., a direção perigosa de veículos ou o porte de armas) e assumem, por isso, uma comprovada dignidade penal, devem ser incluídos na Parte Especial do CP e, portanto, criminalizados.

Desta forma, retira-se do Direito Penal uma sobrecarga que o condena, não poucas vezes, à uma posição inercial ou ineficiente.

3. A Parte Especial do CP de 1940 está dividida em títulos, capítulos e seções. Ao todo, onze títulos que correspondiam aos bens jurídicos fundamentais que o legislador, de então, considerou merecedores de tutela penal: a pessoa, o patrimônio, a propriedade imaterial, a organização do trabalho, o sentimento religioso e o respeito aos mortos, os costumes, a família, a incolumidade pública, a paz pública, a fé pública e a administração pública. Cada título, a exceção feita à organização do trabalho e à paz pública, ensejou a formulação de capítulos em que eram descritas as condutas que, sob os mais diversos ângulos, lesavam ou punham em perigo o bem jurídico protegido e em que eram cominadas as penas respectivas. Apenas, no capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual, houve o desdobramento em seções.

O CP de 1969, que não chegou a vigor, obedeceu, em linhas gerais, na sua Parte Especial, o mesmo esquema organizacional. Foi estruturado, também, na base de títulos, capítulos e seções. Igual foi o número de títulos; iguais os bens jurídicos tutelados. Alargou-se, tão somente, a proteção no que se refere à organização do trabalho; além dela, assegurou-se também, em nível penal, a liberdade de trabalho. No mais, a codificação permaneceu inalterada. Os títulos desdobraram-se em capítulos e, apenas, no que se refere aos crimes contra a liberdade, foram admitidas seções.

O Anteprojeto do CP (Port. 790, de 27.10.1987), embora mantivesse a mesma divisão formal em títulos, capítulos e seções, e tivesse respeitado a mesma denominação dos bens jurídicos objetos de proteção, ampliou o rol desses bens para efeito de incluir, na área de tutela penal, a ordem econômica, financeira ou tributária, o meio ambiente e a memória nacional. Os títulos, ou seja, os bens jurídicos merecedores de defesa, elevaram-se de onze para catorze e continu-

aram divididos em capítulos. Apenas nos casos de crimes contra a liberdade individual e contra a degradação ambiental, admitiram-se seções.

Depois de meio século, é evidente que a Parte Especial do CP não pode mais remanescer com a mesma estrutura organizacional contida no CP de 40 e mantida, em linhas gerais, no CP de 1969, que não chegou a vigorar, e no Anteprojeto de 1987. Isto não significa que não continue a ser ordenada em títulos, capítulos ou seções. Do ponto de vista dessa técnica legislativa, não há o que mudar. Mas o Brasil de hoje é um outro país. E uma nova Parte Especial significa uma reavaliação do País do ponto de vista de sua realidade ética, política, econômica e social. Uma tomada de posição dessa ordem significa ter o passado, como ponto de partida de novas projeções, e não como âncora imobilizadora. Por isso, para tal tarefa, exige-se um planejamento mais engenhoso e moderno no qual a tutela da pessoa humana, em face do aparelhamento estatal, deve ter primazia. A ênfase especial que se deve atribuir à pessoa humana, posicionando-a como o centro de todo o esquema punitivo, mostra-se em conformidade com as propostas apresentadas e em plena concordância com as noções básicas do Estado Democrático de Direito que tem na cidadania, na pluralidade política, no princípio da igualdade real e, em particular, na dignidade da pessoa humana, os seus princípios estruturantes. Daí por que a Parte Especial do CP deve ser a expressão de uma sociedade aberta

e conflitiva e de um Estado Democrático, que admite interesses antinômicos; suporta a convivência dos opostos e tolera as condutas e as formas de vida que representam particulares visões morais ou culturais do mundo, desde que não acarretem danos, nem ponham em perigo os bens jurídicos de relevo.

NOTAS

1. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
2. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
3. Andrade, José Carlos Vieira de — *Os Direitos Fundamentais*, p. 101, Almedina, Coimbra, 1983.
4. Tavares, Juarez, "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas", p. 77, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* — 1992.
5. Palazzo, Francesco, "Delitti contro la persona", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, p. 303, Milão, Giuffrè, 1983.
6. Muñoz Conde, Federico, *Introducción al Derecho Penal*, p. 49, Bosch, Barcelona, 1975.
7. Rosal, M. Cobo del & Anton, T.S. Vives, *Derecho Penal — Parte Geral*, 3.a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
8. Projeto de Lei Orgânica do Código Penal Espanhol — Exposição de Motivos.
9. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Geral, vol. 1.o, p. 174, Barcelona, Bosch, 1981.
10. Tavares, Juarez, ob. cit., p. 78.
11. Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5.a ed., p. 196, Coimbra, Almedina, 1991.
12. Exposição de Motivos do Dec.-lei 433/82, que instituiu, em Portugal, o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.

DOCTRINA NACIONAL

CONFISSÃO: SUPREMO OBJETIVO DA INVESTIGAÇÃO

ANTONIO CARLOS BARANDIER

Advogado criminal. Professor de Processo Penal — Faculdade Cândido Mendes — RJ

“Se é injusto que um irmão acuse criminalmente a outro, com maior razão será injusto e contrário à voz da natureza que um homem se converta no acusador de si mesmo e se confundam numa única pessoa o acusador e o acusado” (Pietro Verri, em 1777).

O conferencista ou professor que se propõe a abordar o inquérito policial, introdutoriamente, deve ressaltar a precípua função da Polícia Judiciária, magistralmente proclamada no art. 4.º do CPP: a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Importante, para bem situar a matéria, as considerações atinentes ao conflito entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, estribando-se nos doutos, a exemplo do insuperável Frederico Marques, para sublinhar que a polícia é função essencial do Estado.¹ Enriquecendo a dissertação, o orador pode se valer, ainda, de autores estrangeiros como Jean Claude Soyer, para enfatizar que a Polícia Judiciária “est un auxiliaire extremement important de la justice repressive”.²

No campo das críticas à atividade policial, sempre alvo fácil dos discursos, destacada a inexistência de sociedades sem crimes, cabível a ressalva, lastreada até mesmo no notável Alceu de Amoroso Lima, no sentido de que ninguém nega a necessidade do aparelhamento policial, como braço executivo de todo processo criminal.³ Passar-se-ia, então, ao exame das diretrizes legais pertinentes ao inquérito.

Sob o enfoque ideal, ter-se-ia, no roteiro proposto, perfeita colocação da matéria. Na realidade, porém, dependendo do tipo

de crime, das pressões diversas impostas pela repercussão do fato, da publicidade opressiva da mídia e das condições sociais do suspeito, a prática demonstra que o supremo objetivo das investigações reside no alcançar a confissão.

Nenhum exagero na afirmação de que a Polícia, hodiernamente, substitui os inquisidores e cumpre perfeitamente o papel que lhe foi reservado. Francisco Salgado Zenha, depois de afirmar que o grau de policialismo no processo penal moderno dá-nos o grau da sua inquisitorialidade, arremata: “O problema não é o de saber se a polícia deve ou não existir, mas a extensão dos poderes que exerce, de direito e de facto”.⁴

A outrora rainha das provas, a prova pleníssima, a confissão, muito presente na história dos erros judiciários e que autores como Manzini consideram simples indício, profundamente restringida e limitada pelas legislações modernas como meio de prova,⁵ no cotidiano forense recupera o seu antigo prestígio. Consoante o eminente Manuel de Rivacora y Rivacora, chamando a atenção para o seu íntimo relacionamento com a tortura, essa invenção da tirania, a confissão, com efeito, “ayuda inmensamente a la labor investigador; favorece su comodidad y su rutina; con ella, averiguar y comprobar un delito es algo por demás sencillo,

breve, burocrático, casi mecânico, pero, por lo mismo inclina a forzar al indagado para que confiese".⁶

O talentoso Augusto Thompson, sem rebuços, observa que a maioria avassaladora dos delitos elucidados o são pela confissão do autor.⁷ Suscita, argutamente, embaraçosas indagações: "Com efeito, se ao examinar um processo, um promotor ou juiz encontra uma confissão minuciosa do réu, detalhando ponto por ponto a estória do seu crime, fornecendo todos os elementos adequados para autorizar-lhe a condenação, por que aquelas autoridades não se sensibilizam no sentido de se perguntarem qual o motivo que levou o delinqüente a se auto-acusar? A não ser um constrangimento poderoso, que outra razão será possível imaginar como válida para explicar uma confissão inteiramente comprometedora? Afora raríssimas exceções, as declarações auto-incriminadoras só podem ser concebidas como fruto de exercício de pressão sobre a vontade da pessoa que as fez".⁸ Tais declarações, resultantes de ilicitude, em regra decorrem daquela situação sentida por A. J. Cronin, citado por Serrano Neves: "Na metade do tempo, a gente não sabe o que está dizendo. Na outra, impedem-nos de dizer o que queremos".⁹

Entre nós, ao tempo do Estado Novo, o poder de fato e de direito outorgado à polícia-política ultrapassou as fronteiras da onipotência arbitrária. Ousava o art. 9.º do seu odioso Dec.-lei 474/38, repelindo todas as conquistas do desenvolvimento jurídico, a preceituar: "Considera-se provado, desde que não ilidido por prova em contrário, o que ficou apurado no inquérito". Vale dizer: a tortura resultou admitida oficialmente.

Período recente da nossa História, no regime do AI-5, restabeleceu de forma mais requintada a legislação estadonovista, concedidos todos os poderes aos órgãos da repressão política.

Ocorre que a violência contra os adversários políticos nas tiranias, à direita

ou à esquerda, sempre foi objeto de repúdio universal e das mais acuradas análises. No terreno da denominada criminalidade comum, convencional, no entanto, a busca da confissão é causa determinante das maiores atrocidades e violências que desabam, principalmente, sobre as pessoas afastadas do topo da pirâmide social. Para se ter uma idéia, basta acentuar que, em obra específica sobre hermenêutica, clama o insigne Alípio da Silveira: "Mas o que vemos hoje em dia? Torturas de várias ordens — físicas, fisiológicas e mentais — incomunicabilidade prolongada, confissões falsa e fictícias".¹⁰ A recente lei de prisão temporária não tem outra razão a não ser o de permitir a obtenção de declarações sob constrangimento.

Sobre o tema, impossível deixar de consignar que a Polícia, mormente quando desenvolvidas as campanhas de dramatização da violência,¹¹ sofre todas as formas de pressão e é até mesmo acicatada, na busca de confissões, por certas construções pretorianas que se arremessam contra o princípio constitucional da instrução contraditória, o princípio *nemo tenetur se detergere*¹² e todas as conquistas do Estado de Direito, incluído o princípio do livre convencimento.

Magistralmente, como sempre, Frederico Marques, ocupando-se do princípio do livre convencimento, tantas vezes confundido com o da íntima convicção, conclui: "É por isso que o juiz não pode afirmar sua convicção em prova colhida sem as garantias do contraditório, tais como os depoimentos e inquirições tomados no inquérito policial".¹³

Anote-se que o CPP Militar, na esteira e sob a influência do anteprojeto Helio Tornaghi, após bem conceituar, no art. 9.º, que o inquérito tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal,

apregoa no art. 297: "O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância".¹⁴

Apesar de tudo, inúmeros os julgados que prestigiam a confissão extrajudicial, a exemplo dos que a mencionam corroborada por outros elementos de prova, sem indicar quais esses elementos ou enfrentá-los criticamente. Não é incomum, em sentenças, iludindo-se a exigência de fundamentação, os disparates como "o acusado nega a prática do crime, alegando a velha desculpa de coação"; "o réu não fez qualquer prova de alegação coação", em inconcebível inversão do *onus probandi*. Recentemente, baseada em confissão no inquérito, uma Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reputou manifestamente contrária à prova dos autos, decisão absolutória do Tribunal do Júri (!).

Tais decisões, na verdade, estão impregnadas daquela premissa maior inarticulada, a que se referiu o juiz americano Oliver Wendel Holmes, *apud* João Martins de Oliveira no seu excelente *Revisão Criminal*;¹⁵ na verdade, tais decisões restabelecem, na prática, a vigência da repulsiva legislação do Estado Novo.

No fundo, todas as conquistas ao direito servem apenas para ilustrar os discursos. Todos preferem o cômodo *reus confitentem habemus*. Afinal, aplacando consciências, com uma confissão, na escorregia colocação de Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, condenou-se o culpado, se mendaz, a responsabilidade é toda do confidente.¹⁶

Pouco importa o desenvolvimento, o aprimoramento técnico e a dignidade da relevante atividade policial. Nas raríssimas hipóteses em que as iniquidades e as violências saíam da cifra negra, vanta-

josamente estigmatizaremos a Polícia e, eventualmente, até puniremos policiais. Havendo provas, notadamente a confissão, claro está.

NOTAS

1. *Elementos de Direito Processual Penal*, I/148, Forense, 1965.

2. *Droit Penal et Procedure Penale*, p. 258, 4.a ed., LGDJ, 1976, Paris.

3. *Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos*, p. 61, Livraria Francisco Alves, Ed. S.A., 1974.

4. *O Manual dos Inquisidores*, p. 300, Edições Afrodite, de Nicolau Emerico, tradução de Manuel José Gomes, Maio de 1972.

5. Art. 158 do CPP: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Trata-se de exceção ao princípio do livre convencimento.

6. *Observaciones sobre la Tortura*, de Verri — tradução, prólogo e notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, p. XLV, Ed. Depalma — Buenos Aires — 1977. A obra, de 1777, merecia uma tradução em português.

7. *Que são os Criminosos?*, p. 83, Achiamé, 1983.

8. *Idem*, p. 84.

9. *O Direito de Calar*, p. 18, Livraria Freitas Bastos, 1960.

10. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, II, 322, Ed. RT, 1968.

11. Importantíssima a leitura de brilhante conferência do Prof. Manoel Pedro Pimentel, *Crime e Pena: Problemas Contemporâneos*, in RDP, 28/53-70, Forense, 1980.

12. O princípio está expresso na Constituição dos Estados Unidos da América. A Constituição Brasileira, de 1988, o elevou a dogma constitucional (art. 5.º, LXIII). Preleciona o douto Tourinho: "Assim, o *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a acusar a si próprio) passou a vigorar em toda a sua pureza" (*Processo Penal*, p. 391, v. II, Saraiva, 1992). Os arts. 186 e 191 do CPP perderam a importância, estão derogados.

13. *Op. cit.*, II/300, Forense, 1965.

14. A lei processual castrense ressalva no parágrafo único do art. 9.º: "São, porém, efetivamente instrutórios da ação penal os

exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código”.

15. *Revisão criminal*, p. 16, 1.^a ed., Sugestões Literárias, 1967.

16. *Da prova no processo penal*, p. 61, Ed. Saraiva, 1983.

REFLEXOS RELEVANTES DE UM PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL JURISDICIONALIZADO

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor de Processo Penal da USP e
Procurador de Justiça de São Paulo

1. A importância de discutir a jurisdicionalização da execução penal — 2. Argumentos contra a tese jurisdicionalista — 3. O conceito de incidente — 4. O incidente de execução — 5. A inexistência de jurisdição na execução penal: posição de Chiovenda — 6. A execução penal em face de novas tendências na distinção entre atividade jurisdicional e administrativa — 7. Os sujeitos principais do processo de execução penal — 8. Os procedimentos principais e incidentais da execução penal — 9. A adaptação da sentença condenatória às exigências da execução penal — 10. Limites ao poder de decisão do juiz da execução penal — 11. A declaração de extinção da punibilidade pelo juiz da execução penal — 12. A estabilidade das decisões que adaptam a condenação às exigências da execução penal — 13. O encerramento do processo de execução e a extinção da pena — 14. O poder cautelar geral do juiz da execução penal.

1. A importância de discutir a jurisdicionalização da execução penal

Surgiram na evolução histórica três correntes principais a respeito da natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo juiz na execução penal. Segundo a primeira, ele exerceria somente funções administrativas, não agindo na sua missão jurisdicional.¹ Outra orientação, considerando serem dois os aspectos essenciais da execução criminal: a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos incidentes, conclui que o juiz tem papel administrativo no fiscalizar e acompanhar os trabalhos desenvolvidos nas penitenciárias, mas nos incidentes profere decisões tipicamente jurisdicionais.² Mais recentemente, ganha prestígio uma terceira posição: o juiz, como sujeito principal da relação jurídica processual executiva, exerce atividade de natureza jurisdicional.³

É certo que diminuiu, e de maneira sensível, entre os processualistas a preocupação em distinguir atividades administrativas de jurisdicionais. Foi ela, durante longo tempo, razão de intensos estudos e debates, mas perdeu significativo espaço nas atuais inquietações da doutrina. Reflexo, sem dúvida, de mudança de postura: não constitui mais cogitação primordial dos processualistas a fixação de conceitos, a sistematização, classificação, diferenciação dos institutos, tarefa que se justificou na longa fase de consolidação científica do direito processual e de seu aprimoramento como ramo do saber jurídico; domina agora entre os estudiosos a preocupação em descobrir instrumentos e mecanismos para tornar efetiva a contribuição advinda de suas construções teóricas para a melhor atuação concreta do direito. Ademais, conforme bem salientou Dinamarco, o empenho em diferenciar a atividade jurisdicional da administrativa era resso-

nância de interpretação ortodoxa da teoria clássica da tripartição dos poderes do Estado, mas, agora, evidencia-se que, na realidade, o poder é um só, sendo “uma inerência do Estado”, apresentando-se a jurisdição como “uma das expressões” desse poder.⁴

Mas, apesar disso, entendemos ser ainda relevante examinar o problema da natureza jurídica da atividade do juiz na execução penal. Não tanto em face de um fatigante objetivo meramente teórico,⁵ mas principalmente em razão de outro mister: evidenciar que a execução penal e jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica em aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário.

2. Argumentos contra a tese jurisdicionalista

Vários têm sido os argumentos postos pelos que negam ser jurisdicional a execução penal. Foram eles arrolados por Marrone, em interessante artigo a respeito do tema;⁶ entre eles, importa destacar os seguintes:

— o juiz, exceto nos incidentes, durante toda execução, exerce apenas atividade de vigilância, de controle sobre os atos da autoridade administrativa, ou toma medidas tendentes a permitir a ressocialização do condenado, atuando enfim o comando emergente, mas não decide, não resolve questões:

— a execução penal é de exclusiva competência do Ministério Público, que,

nessa função, age como órgão do Poder Executivo;

— o sentenciado é submetido à execução forçada, sendo obrigado a cumprir a pena independentemente de sua vontade, não lhe sendo em decorrência outorgados direitos subjetivos na execução, e, mesmo que se admitissem alguns direitos, quando devessem ser reconhecidos, ou quando houvesse de ser resolvida controvérsia a respeito deles, isto aconteceria em um incidente, onde se admite atividade jurisdicional.

— a execução penal difere da civil, porque nesta a vontade do obrigado tem importância, enquanto naquela tudo sucede sem concurso da vontade do condenado ou do interessado.

Todavia, não convencem tais argumentos.

O fato de ser a execução penal forçada não é razão para considerá-la não jurisdicional. Os estudos atuais salientam a superação de conceitos que impediam ver na execução atividade jurisdicional. Assim, ressalta Dinamarco que “era natural que a jurisdição não poderia abranger as atividades executivas, para juristas ligados a sistemas que considerassem a função jurisdicional como dirigida à justa *composição* da lide, à aplicação de sanções, à emissão de juízos, à produção de comandos concretos, ao acertamento de relações jurídicas, à resolução de controvérsias, à descoberta da verdade (escopos esses que, pelos próprios enunciados, seriam atingidos com o simples processo de conhecimento)”.⁷ Outro é agora o entendimento. Admite-se como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto, mas também a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo.⁸ Inexpressiva seria mesmo a função jurisdicional do Estado, se após ser julgada procedente a ação, não pu-

desse a sentença ser objetivo de execução quando não fosse cumprida espontaneamente ou quando, em determinados processos como os criminais, não fosse possível ser imposto coativamente o seu cumprimento. Enfim, o fato de ser o condenado submetido ao cumprimento da pena contra a sua vontade não é motivo para se afastar da execução penal o seu caráter jurisdicional, pois também aqui aparece como atividade tendente a satisfazer o comando emergente do processo condenatório.

Por outro lado, o fato de o juiz da execução penal exercer vigilância sobre os órgãos administrativos e particulares encarregados de controlar o cumprimento da pena privativa em estabelecimentos penitenciários, de medidas de segurança em hospitais ou casas de tratamento, ou incumbidos de fiscalizar o cumprimento de obrigações impostas ao condenado na suspensão condicional da pena privativa, no livramento condicional, na pena restritiva de direitos, não significa que não exerça atividade jurisdicional. Ainda que não esteja, ao exercer atividades fiscalizadoras, propriamente decidindo, resolvendo questões, estará agindo para que a satisfação do comando condenatório se realize nos limites da lei e da sentença. Estará enfim procedendo em total consonância com o disposto no art. 1º da Lei de Execução Penal: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Ademais, mesmo que não se visualizasse na atividade fiscalizatória do juiz caráter jurisdicional, seria ela atuação excepcional, pois a regra é o juiz da execução proferir decisões tendentes a garantir os direitos do preso e a evitar desvios no cumprimento da pena.

Não é mais possível aceitar afirmações de que o condenado não tem direitos, que não pode manifestar a sua vontade, de-

vendo se submeter passivamente à execução da pena. Está ele sujeito à execução forçada, mas não fica entregue aos caprichos e abusos dos órgãos dela encarregados. Anabela Miranda Rodrigues acentua bem que houve, contra a situação antes existente, “um vasto movimento legislativo”, que subtraiu o recluso “ao arbítrio da administração”, como é ressaltado por Wurtenberger e H. Muller-Dietz em relação à Alemanha, por Bettiol quanto à Itália e, sobre a França, pelo escrito *Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire*. Continua: “Se bem que o reconhecimento de tal garantia na generalidade dos países seja recente, marca essa tendência um movimento de viragem na compreensão da posição jurídica do recluso, ao mesmo que lhe *restitui* a sua autêntica dimensão de ser humano: o indivíduo recluso torna-se verdadeiro sujeito de direito que lhe demarcam a fronteira da *humanidade*”, sendo que a *humanização* de que hoje se fala em direito penitenciário tem a ver, não com o adoçar de costumes e, conseqüentemente, das condições de detenção, outrossim com a afirmação do recluso como *sujeito de direitos* ou, se preferirmos, como *sujeito de execução*”.⁹

Já estão em declínio sistemas que não prevêem um juiz ou tribunal de execução penal, e, por isso, o argumento de que a execução cabe exclusivamente ao Ministério Público, se podia antes ter algum significado, agora perdeu inteiramente sua razão de ser.

Na realidade, de todos os argumentos trazidos pelos que negam a existência de atividade jurisdicional na execução penal, só um, pela sua relevância e profundidade, merece ainda estudo mais acurado. Consiste na afirmação de que a atividade judicial na execução penal é de tonalidade administrativa e só tem matiz jurisdicional nos incidentes. Necessário, contudo, para melhor exame dessa afirmação, antes verificar o conceito de incidente processual.

3. O conceito de incidente.¹⁰

É preciso distinguir entre três figuras jurídicas: o incidente processual, a questão incidental e o procedimento incidental, tendo havido grande confusão a respeito deles.

A idéia central é a de questão incidental, base para a fixação dos outros dois conceitos. Questão é o ponto duvidoso ou controvertido. Pode haver questão relativa ao direito de ação, questão de ordem processual e questão de mérito.

Questão incidental, por outro lado, é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. É acessória em relação à questão principal, pois depende de que haja processo para existir. Constitui ademais um “acidente” no percurso processual, pois produz mudanças no seu trajeto, ao exigir para sua resolução a prática de novos atos, diversos dos que eram previstos para sua normal tramitação. Dessa forma, é essencial para uma questão ser incidental que ela ocasione alguma alteração no desenvolvimento do processo, seja um alongamento do procedimento principal, seja a instauração de um procedimento colateral. A questão incidental será o objeto de conhecimento do juiz, a matéria a ser resolvida. A alteração no processo constituirá ou o “incidente” ou o “procedimento incidental”.

A questão incidental pode levar portanto ao surgimento de “momento novo” no processo para sua solução, sem necessidade de instauração de um procedimento colateral. O *incidente* constitui esse momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na seqüência procedimental, e que serve para a decisão da questão incidental ou, às vezes, tão somente para o exame dos pressupostos de admissibilidade da questão incidental.

Por outro lado, pode ocorrer que, para a resolução da questão incidental, haja necessidade de procedimento outro, cons-

tituído de nova série de atos ou fases, e que se forma ao lado do procedimento principal. Corresponde ao procedimento incidental

4. O incidente de execução

Quando a doutrina, entre os que defendem a teoria mista, fala em “incidentes de execução”, está na realidade querendo dizer “procedimentos incidentais de execução”: haveria um processo administrativo de execução, ao lado do qual seriam instaurados procedimentos incidentais jurisdicionalizados.

Com o esclarecimento a respeito dos conceitos de incidente, questão incidental e procedimento incidental e a ressalva acima, verifiquemos se é correta a afirmação de que só existe jurisdição nos incidentes, ou seja, nos procedimentos incidentais.

Essa conclusão não é verdadeira. Há decisões jurisdicionais nos procedimentos principais de execução e nos procedimentos incidentais, o que ficará bem evidenciado no estudo de tais procedimentos a ser feito no item 8.

Mas, tome-se apenas um exemplo referente à execução da pena de multa, prevista nos arts. 164 a 170 da LEP. Quando o juiz, após o condenado ter sido citado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora (art. 164), tem diante de si requerimento do condenado, feito com base no art. 169, para pagamento em prestações mensais e sucessivas, ele proferirá a decisão no procedimento principal, sem necessidade de instauração de procedimento incidental. Cuida-se de decisão prevista pela lei dentro do regular desenvolvimento da relação jurídica processual. Quando muito poderá ocorrer mero desvio do procedimento principal para a realização das diligências previstas no § 1º, do art. 169. Assim, a decisão sobre o pagamento parcelado da multa não é proferida em procedimento

incidental, ou, como diz a doutrina correntemente, em incidente de execução penal

5. A inexistência de jurisdição na execução penal: posição de Chiovenda

Muito se discutiu e escreveu sobre o elemento que caracterizaria a atividade jurisdicional, servindo para distingui-la da atividade administrativa, não sendo aqui o momento de repassar as diversas construções teóricas a respeito.¹¹ Predominou no meio jurídico brasileiro a lição de Chiovenda. Segundo o renomado autor, é o caráter substitutivo da jurisdição que a identifica e a diferencia da atividade administrativa. Diz ele que, na jurisdição, o Estado substitui por uma atividade sua a atividade das partes. Essa substituição existiria tanto no processo de conhecimento como no de execução. Aqui, contudo, ensina: "E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução *em si* não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade da lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na *substituição*, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de outrem*".¹²

Assim, segundo Chiovenda, não haveria que se falar em jurisdição na execução penal.

Todavia, a identificação da jurisdição pela "substitutividade" e a forma como é apresentada essa "substitutividade" por Chiovenda constituem objeto de profundas críticas.

Incisivo Galeno Lacerda, para quem essa "tese absolutamente insatisfatória não só explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tive-

ram por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório — ex.: nulidade de casamento), senão que deixa *in albis* também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questões de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de "substitutividade" a uma atuação originária, direta e própria das partes".¹³

Dinamarco, por outro lado, ressalta que "a sobrevivência da crença na *jurisdição como atividade secundária*" representa resíduo de posições privatistas dentro do direito processual, pois "isso tem sentido quando se cuida de relações jurídicas regidas pela disponibilidade."¹⁴ Depois, dizendo que não parece ter Chiovenda pretendido "associar muito intimamente o caráter substitutivo com o caráter secundário, ou muito menos assimilar o primeiro no segundo (tanto que indica caso de substituição em que visivelmente inexistente o caráter secundário: a separação judicial)", admite a substitutividade "mesmo naqueles casos em que a jurisdição é atividade primária, ou seja, naqueles casos em que se têm as chamadas *sentenças constitutivas necessárias* (separação judicial, divórcio, destituição do pátrio-poder), nas *condenações criminais* etc.: o juiz substitui alguma atividade dos interessados pela sua, seja porque alguma conduta devida foi omitida, seja porque a lei impede a satisfação voluntária, seja ainda em todos os casos de demandas improcedentes."¹⁵

Na revisão que Zanzucchi, Calmon de Passos e Ovídio Baptista fazem ao conceito de substitutividade de Chiovenda, entendem que ela se revelaria no fato de manter-se o juiz como *terceiro imparcial* em relação ao objeto do processo.¹⁶ De certa forma, também Cândido Dinamarco parece, em parte, admitir essa idéia; após

dizer que a substitutividade “está implícita na afirmação da pacificação e atuação da vontade concreta da lei como escopos da jurisdição”, continua: “parece evidente que só se pensa em atuar a vontade concreta da lei, como escopo institucionalizado, enquanto se pensa também em órgãos predispostos a isso, e não nas próprias pessoas envolvidas no conflito (a imparcialidade é elemento que hoje se associa indissoluvelmente à jurisdição)”.¹⁷

Nesse contexto, levando-se em conta a posição de que a jurisdição, como atividade substitutiva, revela-se não essencialmente com atividade secundária mas imparcial, ela estará presente na execução penal, assim como está na execução civil. O juiz deve agir com imparcialidade, buscando que a execução da pena se faça nos limites da condenação e que se concretizem os objetivos da lei. Haverá, em sua atuação, substitutividade na medida em que, ao proferir decisões, imporá a vontade da lei, resolvendo em concordância ou não com o interesse das partes.¹⁸

6. A execução penal em face de novas tendências na distinção entre atividade jurisdicional e administrativa

A verdade é que a doutrina não conseguiu se pacificar e identificar um elemento que, por si só, pudesse satisfatoriamente distinguir sempre a atividade jurisdicional da administrativa. Nem mesmo a imparcialidade, posta para esclarecer melhor a idéia de substitutividade, serve a tal fim, pois difícil dizer, por exemplo, que, nos processos administrativos disciplinares, a Administração possa agir de maneira parcial ao julgar as faltas de seus funcionários, ou mesmo que, certos tribunais, não judiciais, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Tribunal Desportivo, não devem agir com imparcialidade.

Assim, manifestam-se novas tendências.

Uma delas consiste em apontar um elemento distintivo como principal, mas, ao mesmo tempo, indicar outros que supririam eventual deficiência sua para distinguir, por si só, a atividade jurisdicional da administrativa em determinadas hipóteses. De certa forma, é o que se encontra em Ovídio Baptista, o qual, além do elemento principal da imparcialidade, diz que há outro importante para identificar o ato jurisdicional: “é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o juiz ao aplicar a lei ao caso concreto pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função *tendo a lei por limite de sua ação*, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto mas a realização do bem comum, *segundo o direito objetivo*.”¹⁹ Na mesma linha Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que para a caracterização da jurisdição, bastariam dois elementos extraídos da teoria de Chiovenda, ou seja, a substitutividade e o escopo de atuação do direito; todavia, em seguida, arrolam outras características da jurisdição: lide, inércia, definitividade.²⁰

Ainda, começa a se manifestar outra tendência, consistente em distinguir as atividades administrativa e jurisdicional numa perspectiva nova, funcional, mais próxima da visão daqueles que ressaltam a idéia de efetividade do processo. Neste sentido, Dinamarco; segundo ele o que identifica e distingue a jurisdição é sua destinação aos casos concretos, associada aos objetivos que dela se espera como função do Estado, sendo “estéril e metodologicamente mal endereçada a obsessão pela busca de distinções muito significativas entre a jurisdição e a legislação, ou entre ela e a administração.”²¹ De certa forma, assim também Gaito, que, ao examinar a execução das penas privativas e das medidas de segurança em face das normas 96 e 98 da Lei Delegada

de 1987, que nortearam a elaboração do CPP Italiano de 1988, enuncia características que seriam essenciais para imprimir a nota de jurisdicionalidade a um modelo legal; para isso deveria ser "caracterizado pela autonomia do juiz, pela amplitude do contraditório e pelo papel de parte do Ministério Público", e, além de tudo, marcado pela presença de um "juiz verdadeiramente imparcial".²²

Enfim, também nessas perspectivas difícil negar que haja jurisdição na execução penal. A atividade aí desenvolvida pelo juiz, marcada pela imparcialidade, visa tornar realidade a vontade da lei consignada na sentença condenatória, cumprindo-se assim comando que dela emergiu. É substitutiva, na medida em que sobrepõe a vontade da norma às vontades das partes ou interessados. Funcionalmente, o juiz age, dentro dos limites da sentença condenatória, para serem atingidos os escopos próprios da execução penal, principalmente o escopo de que o cumprimento da pena seja feito num itinerário crescente de individualização em consonância com os progressos de ressocialização apresentados pelo preso. Visa-se, com essa ressocialização, uma melhor situação para o condenado e também maior proteção à sociedade que não mais se sentiria ameaçada pelo perigo de novos crimes.²³

7. Os sujeitos principais do processo de execução penal

Firmada a posição de que há um processo de execução jurisdicionalizado e admitindo-se que, para a existência de um processo, necessária se faz a conjugação de dois elementos — relação jurídica e procedimento — extrai-se importante ilação: há também no processo de execução uma relação jurídica com três sujeitos principais ligados por vínculos diversos e, necessariamente, um procedimento que se desenvolve em contraditório.

Os três sujeitos principais da relação jurídica são facilmente identificáveis: o juiz, o Ministério Público e o condenado.

O Ministério Público e o condenado são partes,²⁴ cada um velando por determinado interesse. Quer o primeiro que se efetive o comando da sentença condenatória e que a ressocialização do sentenciado seja feita sem prejuízo à garantia social. O sentenciado deseja que: a execução não ultrapasse os limites do julgado penal e lhe sejam garantidos todos os direitos assegurados pela lei, tais como a progressão da pena, a saída temporária, a frequência a escolas etc...²⁵ O juiz, de maneira imparcial,²⁶ deve, durante o desenvolvimento da execução, de ofício, a requerimento das partes ou de outras pessoas legitimadas, cuidar para que o processo siga de forma regular, de modo a ser garantida efetiva participação das partes, com observância do contraditório, do direito de defesa, do direito à prova, tudo com o escopo de que, num processo justo, seja cumprida a sentença condenatória e possam ser atingidos os fins objetivados pela lei de execução penal.

8. Os procedimentos principais e incidentais da execução penal

Já lembramos anteriormente que podem haver, no processo de execução, procedimentos principais e procedimentos incidentais. Mais ainda, dissemos no item anterior que a existência de um procedimento principal, ao lado de outros incidentais, é dado essencial para se concluir que existe um processo de execução penal jurisdicionalizado.

Nem sempre aparece tão nítido o procedimento principal, e, às vezes, são poucos os atos que o caracterizam.

Verifiquemos, ainda que de forma sucinta, os procedimentos principais na execução das diversas penas e alguns procedimentos incidentais possíveis de ocorrer.

Na condenação por multa, requerida pelo MP a citação do condenado para pagar ou nomear bens à penhora (art. 164 *caput*) e decorrido o prazo sem pagamento, será realizada a penhora (art. 164, § 1º), seguindo-se segundo o que dispuser a lei processual civil (arts. 164, § 2º e 165). Haverá procedimento incidental na hipótese de conversão da pena de multa em detenção (art. 182).

Na pena privativa de liberdade, o procedimento principal se caracteriza pelos seguintes atos: recebimento da guia de recolhimento (arts. 105 e 106); liquidação da pena e fixação de regime em caso de várias condenações (art. 111); intimação das partes sobre a liquidação; evolução progressiva pelos diversos regimes, sendo que, antes de cada decisão sobre a mudança de regime, deverão se manifestar o MP e o preso, este através de advogado, e, quando necessário, deve ser colhido o parecer da Comissão Técnica de Classificação e realizado o exame criminológico (art. 112); livramento condicional (arts. 131-148); expedição de alvará de soltura, devido cumprimento ou extinção da pena (art. 109). Procedimentos incidentais possíveis serão os referentes às autorizações de saída (arts. 120-125), remição (arts. 126-130), conversão da pena privativa em restritiva (art. 180), substituição da pena privativa por medida de segurança (art. 183), regressão de regime (art. 118).

Na suspensão condicional da pena privativa,²⁷ o procedimento é bem simples: inicia-se com o registro sigiloso da sentença condenatória com a nota de suspensão e especificação das condições impostas (art. 163 *caput*),²⁸ seguindo-se a intimação para a audiência de advertência, a realização desta (art. 161), e, após decorrido o tempo do período de prova, oitiva do MP, declaração da extinção da punibilidade referida no art. 82 do CP, averbação à margem do registro (art. 163, § 1º). Incidentes exis-

tirão quando houver revogação da suspensão ou prorrogação do prazo.

Na pena restritiva de prestação de serviços à comunidade, transitada em julgado a sentença condenatória, o processo será instaurado de ofício pelo juiz da execução²⁹ ou em atenção a requerimento do MP (art. 147 *caput* da LEP), devendo ele “designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente”, procedendo-se, em seguida, a “intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena” (art. 149, II, da LEP), iniciando-se o cumprimento da pena a partir da data do primeiro comparecimento (art. 149, § 2º), sendo que, mensalmente, o juiz examinará relatórios encaminhados pela entidade beneficiada com a prestação de serviços (art. 150). Cumprida a pena, será declarada a sua extinção, oficiando-se à entidade perante a qual o condenado deveria comparecer para prestar serviços. Poderão surgir incidentes referentes às alterações nas condições de local e horário de trabalho, ou seja, na forma de cumprimento da pena (art. 148). Ainda, poderá haver incidente de conversão da pena restritiva em pena privativa nas hipóteses do art. 181, § 1º.

A instauração do processo, em caso de limitação de fim de semana, também poderá ser de ofício ou a requerimento do MP (art. 147), e, da mesma maneira, será o condenado intimado, dando-se-lhe ciência do local, dia e horário em que deverá cumprir a pena (art. 151), começando o cumprimento da pena a partir da data do primeiro comparecimento (art. 151, parágrafo único); segue o processo com o exame mensal dos relatórios encaminhados pelo estabelecimento designado para cumprimento da pena (art. 153). Cumprida a pena, será expedido alvará de soltura, declarando-se a sua

extinção. Haverá incidente quando o juiz modifique a forma de cumprimento da pena (art. 148). Ainda, poderá ocorrer o incidente de conversão da limitação de fim de semana em pena privativa (art. 181, § 2º).

Quanto à pena restritiva de interdição temporária de direito, o processo é instaurado pelo juiz de execução de ofício ou a requerimento do MP (art. 147), devendo o juiz comunicar à autoridade competente a pena aplicada (art. 154 *caput*), procedendo-se à intimação do condenado (art. 154 *caput*). Necessárias serão outras providências conforme a espécie de interdição imposta (art. 154, § 1º e 2º). Poderá acontecer incidente de conversão em pena privativa (art. 181, § 3º).

Na medida de segurança, o procedimento contém os seguintes atos: expedição de guia de internação (arts. 171-173), ciência ao MP da guia (art. 173, § 1º), verificação da cessação da periculosidade após decurso do prazo mínimo (art. 175), com oitiva das partes a respeito do relatório e laudo psiquiátrico (art. 175, I, II e III), decisão de desinternação ou liberação condicional (arts. 178 da LEP e 97, § 3º do CP) e, ao final, com novas manifestações das partes, extinção da medida. A sequência exposta pressupõe que haja cessação de periculosidade, mas, se ela não ocorrer após o prazo mínimo, outros exames poderão ser realizados, repetindo-se os atos antes referidos: oitiva das partes a respeito do relatório e laudo psiquiátrico (art. 175, I, II e III), decisão de desinternação ou liberação condicional (arts. 178 da LEP e 97, § 3º do CP), manifestação das partes e extinção.

São ainda incidentes da execução penal o excesso ou desvio de execução (art. 185), a anistia e o indulto (arts. 187-193).

É estabelecido um procedimento-tipo para a decisão dos incidentes (arts. 194-197), mas que se aplica também subsidiariamente aos procedimentos principais, em qualquer fase, quando não

houver previsão expressa de outro rito. Assim, por exemplo, no procedimento relativo ao cumprimento da pena privativa, nas diversas etapas da progressão de regime, antes de cada decisão judicial deverão ser seguidos os arts. 195 e 196.

O recurso do art. 197 aplica-se a todas as decisões proferidas pelo juiz da execução, seja em procedimentos principais ou incidentais.

9. A adaptação da sentença condenatória às exigências da execução penal

Antes, quando se considerava ser a execução penal atividade não jurisdicional, argumentava-se que as decisões proferidas durante o seu curso não faziam coisa julgada material por terem cunho administrativo. Mas, entendendo-se ser jurisdicional essa execução, necessário verificar se as decisões proferidas pelo juiz nos procedimentos principais ou incidentais poderão produzir coisa julgada. Interessa, contudo, antes aludir à coisa julgada resultante da sentença penal condenatória, a qual, pela sua peculiaridade, permite adaptações durante o processo de execução.

Acentua Ada Pellegrini Grinover que "a sentença condenatória guarda natureza de sentença determinativa: sentença essa que, contendo implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, autoriza o juiz a agir por equidade, operando a modificação objetiva do julgado sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas"³⁰. Continua a ilustre professora: "A sentença determinativa, que também se encontra no campo não penal, transita em julgado e assume a qualidade própria da coisa julgada: mas, em obediência à cláusula que contém, é suscetível de revisão, nos casos expressamente autorizados em lei, exatamente por obedecer ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus* nele contida. É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da condenação penal

passada em julgado, no curso do processo de execução.³¹

Assim, pela sua própria natureza, a sentença condenatória penal será alterável por fatos novos. Mas, como será visto, tais mudanças não incidem sobre a parte declaratória, onde o juiz afirma a existência do crime, define a autoria, afasta causas excludentes, acolhe agravantes e atenuantes. Ocorrerão somente nos capítulos que consubstanciam a especificação da condenação imposta ao sentenciado: espécie e qualidade de pena, tempo de prisão, regime de pena etc... e, assim mesmo, quando não importem em prejuízo ao condenado.

Em suma, pode-se dizer que a sentença condenatória poderá, com restrições, ser alterada durante a execução penal. O comando inicial condenatório pode ser adaptado às exigências de cada fase do processo de execução, ou aos incidentes que eventualmente venham a suceder. Todavia, por decorrência da coisa julgada penal, resultam limites à atuação jurisdicional do juiz da execução.

10. Limites ao poder de decisão do juiz da execução penal

A sentença condenatória transitada em julgado fixa os limites decisórios do juiz da execução penal. Poderá este proferir resoluções que adaptem o comando inicial condenatório às exigências do cumprimento da pena imposta. Excepcionalmente, quando expressamente autorizado por lei, poderá, sem agravar a situação do condenado, emitir ainda decisões que afetem a própria pena; assim, em casos de indulto, graça, unificação de penas, adaptação da lei nova mais benigna. No mais, a coisa julgada penal só será atacável mediante revisão ou *habeas corpus*: não poderá o juiz das execuções alterar as decisões do juiz do processo condenatório.

Em síntese: o juiz pode, como regra, proferir decisões que representem exi-

gências decorrentes do cumprimento da pena, e, excepcionalmente, resoluções que alterem a própria pena imposta. No mais, estará limitado pela coisa julgada.

Gianzi realizou interessante estudo sobre o que pode formar objeto de decisão do juiz da execução penal.³² Estabelece uma regra geral de que toda questão, em princípio, pode ser proposta, exceto quando atingida pela preclusão ou quando não possa mais ser formulada.³³ O principal obstáculo, sublinha o autor, “está na coisa julgada: no sentido que não pode ser contestado, nem mesmo sob outro perfil, aquilo que no período cognitório foi objeto de decisão”,³⁴ e que só pode ser examinado através dos remédios extraordinários de impugnação.³⁵ Arrola então as questões que não podem ser resolvidas na execução penal: inerentes à modalidade do fato constitutivo do crime e às circunstâncias agravantes ou atenuantes; relativas à qualificação jurídica adotada na sentença; atinentes à determinação da pena; relacionadas a vícios formais das precedentes fases processuais;³⁶ referentes à inadmissibilidade, à decadência pela inobservância de um prazo peremptório,³⁷ às condições de punibilidade ou de procedibilidade;³⁸ relativa à subsistência de causa de extinção do crime preexistente ao julgado e não levantada em sede de cognição. Também, não seria possível, segundo o citado autor, examinar questão atinente à nulidade da intimação da sentença condenatória ou, em outras palavras, alusivas à validade da passagem em julgado da sentença.³⁹ Aqui, contudo, o autor entende que o incidente deveria se prestar à declaração de falta de um título idôneo,⁴⁰ pois o incidente é, “ao menos inicialmente, o insubstituível remédio contra uma situação antijurídica”.⁴¹

No sistema brasileiro, como já salientado, as questões vedadas ao exame do juiz da execução penal, serão propostas em *habeas corpus* ou revisão criminal.

11. A declaração de extinção da punibilidade pelo juiz da execução penal

À luz do que foi visto, interessante verificar, a título de ilustração prática dos limites dos poderes decisórios do juiz, quando pode declarar a extinção da punibilidade.

Segundo o art. 66, II, da LEP, tem ele competência para declarar extinta a punibilidade. Mas não diz esse dispositivo quando poderá fazer tal declaração.

A partir das considerações do item anterior, cabível extrair uma regra básica: o juiz da execução penal só pode declarar a extinção da punibilidade por fatos posteriores à decisão proferida no processo condenatório. Se a causa existia antes da sentença, competente para decidir a respeito seria o juiz do processo condenatório, ainda que dela não tivesse tomado conhecimento e, por isso, a desconstituição do provimento só poderá ser obtida mediante revisão criminal ou *habeas corpus*.

Há diferença relevante entre uma e outra situação. Caso a declaração venha através de decisão do juiz da execução criminal por fato posterior ao trânsito em julgado da sentença, esta poderá subsistir, permanecendo seus efeitos penais e extrapenais. Mas, se a declaração for alcançada mediante revisão criminal, com desconstituição da sentença condenatória, esta desaparece, apagando-se também seus efeitos, penais e extrapenais.

Ante o exposto, não pode o juiz da execução declarar extinta a punibilidade com base nas situações dos incs. IV, V, VI, VII, VIII e IX, do art. 107 do CP. Em caso de morte (inc. I, art. 107 do CP), quando o evento ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pode declarar a extinção da punibilidade; não, contudo, se a morte sucedeu antes, hipótese em que a declaração deverá ser obtida mediante revisão criminal. Quanto à retroatividade da lei que não mais

considera o fato criminoso (inc. III, do art. 107 do CP) também importa distinguir: se a lei nova surge após a sentença condenatória ter operado a coisa julgada, cabe ao juiz da execução penal aplicá-la, sem prejuízo da utilização de *habeas corpus* quando ameaçada ou afetada a liberdade de locomoção; mas, sendo a lei anterior, o próprio juiz do processo condenatório deve realizar a declaração. Quando, já instaurado o processo de execução, houve anistia, graça ou indulto (inc. II do art. 107 CP) pode o juiz de execução declarar a extinção.

12. A estabilidade das decisões que adaptam a condenação às exigências da execução penal

O juiz da execução penal profere decisões atinentes ao cumprimento de determinada pena e, aqui, como visto, autorizado estará a fazer as necessárias adaptações do comando emergente da sentença condenatória. Quando essa adaptação represente alteração vantajosa para o condenado adquirirá a decisão estabilidade e só poderá ser alterada ante fatos novos e nas hipóteses expressamente previstas.

Dinamarco, falando em recrudescimento das decisões e na estabilidade de seus resultados, acentua que “o grau mais elevado dessa estabilidade reside na *coisa julgada material*, autoridade que torna imutáveis os efeitos das decisões tomadas, em sede jurisdicional, sobre pretensões sujeitas a exame; e a coisa julgada é particularmente estável, quanto à sentença penal absolutória e, no cível, após o decurso *in albis* do prazo de rescindibilidade.” Mas, acrescenta que isso “não significa, todavia, que só se dê o sobredito recrudescimento com relação a essa categoria de decisões. Existem as *preclusões*, que com intensidade variada atuam em processos de toda ordem.” Lembra preclusões na execução civil em relação às decisões interlocutórias; nas

decisões a respeito do arquivamento do inquérito policial; nos provimentos gerados em processos administrativos; nas decisões tomadas em sede legislativa.⁴² Menciona também que a preclusão nos processos administrativos “é da mesma ordem da coisa julgada formal que se tem nos processos jurisdicionais, afastando-se porém da coisa julgada material.”⁴³

Também as decisões proferidas pelo juiz das execuções criminais, se em favor do condenado, adquirirão esse recrudescimento ou essa estabilidade durante o processo de execução, só podendo ser revertidas por eventos futuros expressamente previstos em lei, e, de regra, mediante procedimento incidental com garantia de defesa e produção de prova. Assim, p. ex., se o preso progride do regime fechado para o semi-aberto, só poderá retornar ao regime anterior devido regressão nas hipóteses expressamente previstas em lei (art. 118 da LEP), devendo ser ouvido previamente, exceto quando a regressão decorra do simples fato de nova condenação que torne impossível o seguimento no regime mais favorável (art. 118, § 2º), sendo necessária ainda a observância do art. 196.

As decisões contra o condenado, que também representem alterações da sentença condenatória ou reversões de vantagens obtidas já no processo executório, não impedem que ele venha a conseguir de futuro novamente o benefício perdido, desde que venha novamente a preencher os requisitos exigidos pela lei. Assim, se sofre uma regressão de regime, nada impede futura progressão, retornando à situação anterior.

Ressalte-se, contudo, que as decisões representativas de alterações sobre a pena imposta na sentença condenatória, excepcionalmente autorizadas ao juiz da execução penal como as relacionadas com indulto, redução da pena, unificação de penas, adaptação da lei nova, diversas portanto daquelas relativas às adaptações ocorridas no cumprimento de determina-

da pena, terão maior estabilidade, adquirindo força de coisa julgada material.

13. O encerramento do processo de execução e a extinção da pena

Cumprida a única pena imposta, ou, no caso de várias condenações ou cumulação de sanções, cumpridas as penas, encerra-se o processo de execução. Em alguns casos, quando o juiz deve verificar a obediência a condições impostas ou o preenchimento de determinados requisitos, impõe-se a declaração de extinção da pena.

Tem sido praxe o juiz, em qualquer caso, declarar extinta a pena, e, se não percebida corretamente a natureza dessa declaração, pode ela dar margem a conclusões equivocadas.

Exemplo significativo desse equívoco consistiu em determinado caso concreto ocorrido no Juízo das Execuções Criminais da Capital. Por engano foram declaradas extintas as penas do condenado, determinando-se a expedição de alvará de soltura, quando, na realidade, restavam cerca de oito anos de pena privativa a ser cumpridos. O Promotor de Justiça não recorreu, vindo contudo a descobrir depois o erro, pedindo nova liquidação; o Juiz, contudo, entendeu que a decisão declaratória de extinção das penas fizera coisa julgada material. Recorreu o Promotor de Justiça. O Tribunal de Alçada Criminal, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, por nós elaborado, considerou inexistir coisa julgada, fundando-se em vários pontos. Assim, a LEP distingue duas hipóteses: uma em que haverá extinção de pena, sendo necessária declaração judicial, e outra de simples cumprimento da pena em que há somente expedição de alvará de soltura e encerramento do processo de execução, tanto assim que, no art. 109, está consignado: “Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro

motivo não estiver preso". Norma semelhante existia no art. 685 *caput* do CPP. Há, portanto, duas situações distintas: cumprimento de pena e consequente liberdade; extinção da pena e consequente liberdade. Os casos de extinção de punibilidade, que exigem decisão declaratória, são os do art. 107 do CP (desde que competente o juiz da execução penal para a declaração) e outros previstos no CP e na LEP, sendo exemplos: expiração do prazo do livramento sem revogação (arts. 90 do CP e 146 da LEP); expiração do prazo da suspensão condicional sem revogação (art. 82 do CP); concessão de anistia (art. 187 da LEP); concessão de indulto (art. 192). Nestas hipóteses, o juiz, para decidir, deve verificar o preenchimento de requisitos legais ou o cumprimento de condições estabelecidas, e, por isso, há necessidade de pronunciamento jurisdicional. Já quando é determinada expedição de alvará de soltura em face do cumprimento da pena o juiz não está decidindo, mesmo porque, dentro do que acima foi salientado, não poderia ele alterar a pena imposta na sentença condenatória, reduzindo-a ou aumentando-a. Não pode, assim, ainda que com anuência das partes, através de errônea declaração de extinção das penas, fazer com que um réu condenado a quinze anos cumprisse, por exemplo, dez anos. Estaria decidindo contra a coisa julgada formada pela sentença condenatória, fora dos limites de sua atividade jurisdicional.⁴⁴

Outra discussão interessante travou-se a respeito da prisão albergue domiciliar. Estando o réu em albergue domiciliar e transcorrido o tempo da pena, o Juiz da Execução Penal em São Paulo a declarava extinta, determinando a expedição de alvará de soltura, sem ouvir o MP. Este normalmente recorria, sustentando a nulidade da decisão, seja pela falta de oportunidade de manifestação do MP seja porque necessário verificar se o condenado tinha cumprido regularmente

as condições estabelecidas. Nos Tribunais de São Paulo, contudo, prevaleceu o entendimento de que, cumprida a pena, nada mais podia ser feito, chegando-se a afirmar que a prorrogação de prazo só é possível no *sursis*. Correta, em parte, tal orientação. Cumprido tempo de pena, só restaria mesmo ao juiz expedir alvará de soltura, porque até então nada indicava o contrário. Todavia, não serve invocar como fundamento a hipótese de prorrogação do prazo do *sursis*, pois nesta forma de cumprimento de pena ele está solto, submetido a condições, sendo necessária verificação de cumprimento das condições impostas para ser declarada extinta a pena. Aqui, cuida-se de caso de cumprimento de pena privativa em determinado regime, o aberto, assim como poderia o sentenciado resgatar a pena inteiramente em regime fechado ou encerrar o processo no regime semi-aberto. Havendo cumprimento da pena privativa, basta a expedição de alvará de soltura. O MP não ficará, contudo, impedido de, tendo notícia posterior de fuga do réu — ausência continuada de sua residência, que consistia no local de cumprimento da pena, morando p. ex. fora do país, ou até preso por outro crime — pedir nova liquidação das penas, devendo o condenado cumprir o tempo faltante. Não poderia o condenado, só porque o juiz determinou a expedição de alvará de soltura, ou disse estarem extintas as penas, deixar de cumprir parte da pena imposta na sentença condenatória.

14. O poder cautelar geral do juiz da execução penal

Deve o juiz da execução penal ter poderes cautelares para que a pena seja corretamente cumprida, pois só assim poderão ser superadas determinadas situações que podem ocorrer, assim como as que a seguir são referidas.

O condenado, em regime aberto ou semi-aberto, incorre em falta grave, vin-

do, por exemplo, a cometer novo crime. O juiz da execução não pode determinar de imediato a regressão de regime, pois há necessidade de procedimento incidental, no qual serão ouvidos o sentenciado, o MP, e poderá ser admitida produção de prova. Mas, também não teria sentido deixar o réu na mesma situação, a fim de que, aproveitando-se de sua maior liberdade, possa continuar delinquindo. Vem, por isso, sendo admitida a suspensão provisória do regime, antes mesmo da oitiva do condenado.⁴⁵

O juiz da execução penal verifica, através de incidente ou por outro meio, que há evidente engano a respeito da pessoa condenada e presa, a qual, sem dúvida alguma, não corresponde ao autor do crime. Imagine-se, p. ex., caso em que o verdadeiro agente, na realidade desconhecido, usou documentos perdidos pela pessoa presa, assumindo falsa identidade; não houve ademais colheita de impressão datiloscópica que pudesse, de maneira rápida, evidenciar o engano: a situação só poderá ser regularizada através de revisão criminal, com desconstituição do título, ou, em determinados casos mais evidentes, mediante *habeas corpus*, o que acaba implicando no decurso de certo tempo. Presente assim o *periculum in mora*, se provado o *fumus boni juris*, deve o juiz, usando de seu poder cautelar geral, suspender o cumprimento do mandado de prisão até a decisão do *writ* ou da revisão, evitando-se que venha a ficar presa pessoa errada.

Tanto para a primeira hipótese como para a segunda falta, contudo, dispositivo expresso que permita ao juiz adotar tais providências. Mas, possível entender que o art. 66, IV, da LEP, outorga-lhe, para situações especiais, poder cautelar geral, pois só assim poderá, nos termos do mencionado dispositivo, “zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”.

No que se refere à hipótese de suspensão provisória do regime mais favorável,

há ainda outro ponto em que pode se apoiar o magistrado. A LEP admite, em seu art. 145, no caso de livramento condicional, que, praticada outra infração penal, o liberado possa ser preso com suspensão do curso do livramento. Por aplicação analógica, à falta de preceito expresso, serviria esse dispositivo, ante a semelhança de situações, para embasar a suspensão provisória de regime quando o condenado praticasse nova infração penal.

Bibliografia

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. — “Jurisdição”. In: *Teoria Geral do Processo Civil*, Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1983. Ponto III, pp. 35-55.
- CHIOVENDA, Giuseppe — *Instituições de direito processual civil*, Tradução de J. Guimarães Menegale, S. Paulo, Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel — *A instrumentalidade*. S. Paulo, RT, 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1992.
- *Execução civil*, 2ª ed., S. Paulo, RT, 1987.
- GAITO, Alfredo — “Esecuzione e giurisdizione”. In: *Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*. Congresso Internacional. Roma, 1991, v. 3, p. 457-94.
- GIANZI, Giuseppe — *L'incidente nella esecuzione penale*, Nápoles, Morano, 1965.
- GRINOVER, Ada Pellegrini — “Natureza jurídica da execução penal”, In: *Execução Penal*, Max Limonad, 1987, p. 5-13.
- *Eficácia e autoridade da sentença penal*, S. Paulo, RT e Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e SCARANCE FERNANDES, Antonio. “A exigência de jurisdicionalização da execução penal”, In: *Un Codice Tipo di*

Procedura Penale per l'America Latina, Congresso Internacional, Roma, 1991, v. 3, pp. 385-417.

LACERDA, Galeno — *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. VIII, tomo I.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini e SCARANCA FERNANDES, Antonio. "A exigência de jurisdicionalização da execução penal". In: *Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*, Congresso Internacional, Roma, 1991, v. 3, pp. 385-417.

MARRONE, José Marcos — "Há jurisdição na execução penal", In: *Justitia*, São Paulo, jan-mar 1982, v. 44, p. 82-97.

MIRABETE, Júlio Fabbrini — *Execução Penal*. São Paulo, Atlas, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda — "A exigência de jurisdicionalização na fase de execução penal", In: *Un "Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina"*, Congresso Internacional, Roma, 1991, v. 3, pp. 419-55.

SCARANCA FERNANDES, Antonio — "Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental". São Paulo, RT, 1991.

——— "O Ministério Público na execução penal", In: *Execução Penal*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana, São Paulo, Max Limonad, 1987.

——— MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e GRINOVER, Ada Pellegrini. "A exigência de jurisdicionalização da execução penal", In: *Un "Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina"*, Congresso Internacional, Roma, 1991, v. 3, pp. 385-417.

SILVA, Adhemar Raymundo da — "Execução Penal", In: *Estudos de Direito Processual Penal*, Salvador, Livraria Progresso Editora, 1957, pp. 57-68.

NOTAS

1. No Brasil, escrevendo antes da atual Lei de Execução Penal, Adhemar Raymundo da Silva, in: *Estudos de Direito Processual Penal*, p. 57-68, considera ser a atividade judicial de natureza administrativa.

2. É posição que parece ter ainda maior número de adeptos, conforme é possível ver da resenha feita por José Marcos Marrone: *Há jurisdição na execução penal*, pp. 82-96, que, no correr de seu trabalho, evidencia também partilhar dessa orientação. Foi a posição acolhida nas Mesas de Processo Penal da USP, Súmulas 39 a 43, publicadas no livro *Execução Penal*, coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana, p. 105-6.

3. Ada Pellegrini Grinover, *Natureza jurídica da execução penal*, p. 5-13, após arrolar as três correntes, indicando seus seguidores, diz ser "inquestionável a tendência da moderna doutrina processual penal no sentido da jurisdicionalização do processo de execução". No Congresso realizado em Roma no ano de 1991 sobre o Código de Processo Penal Tipo para Ibero América, um dos painéis foi sobre a Exigência de Jurisdicionalização da Execução Penal, sendo que os trabalhos apresentados mostraram essa tendência refletida nas legislações das mais variadas regiões: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scaranca Fernandes, do Brasil, "legislação da América Latina e do Código Tipo," (trabalho posteriormente publicado na *Revista Fascículos de Ciências Penas*, Fabris, jul-ago/1991, p. 3-21); Anabela Miranda Rodrigues, de Portugal, "legislação de seu país", e Alfredo Gaito, da Itália, "legislações de seu país e da República de San Marino". Os três trabalhos foram publicados no vol. 3, da publicação realizada sobre o Congresso, p. 385-494.

4. DINAMARCO, A *instrumentalidade*, n. 15, p. 160-1, e *Execução civil*, p. 61.

5. Bem diz Gaito, *L'esecuzione*, nota 3, p. 489, que a execução penal teve "um papel marginal em confronto com o direito penal e o direito processual penal", sendo que "o empenho doutrinário por anos se diluiu na fatigante disputa sobre a natureza administrativa ou jurisdicional do fenômeno".

6. MARRONE, op. cit., p. 88-91, que menciona argumentos de Leone Ranieri, Leone, Santoro.

7. Dinamarco, *Execução civil*, p. 58.

8. Ver sobre esse conceito mais abrangente de jurisdição Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, n. 10, p. 39, e Dinamarco, *Execução civil*, p. 57-61.

9. Anabela Miranda Rodrigues, op. cit. p. 434, e notas de rodapé de n. 19 e 20.

10. As idéias desenvolvidas nesse item representam síntese do que foi exposto em nosso

livro: *Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental*. Ed. RT, 1991.

11. Ver sobre essas teorias, exposição sucinta e crítica de Ovídio A. Baptista da Silva, no ponto III, "Jurisdição", da *Teoria do Processo Civil*, p. 35-55.

12. Chiovenda, *Instituições*, tradução de Menegale, v. 2, p. 11.

13. Galeno Lacerda, *Comentários ao código de processo civil*, Forense, v. VIII, tomo I, p. 22.

14. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 58.

15. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 165, nota 11.

16. Ovídio Baptista, op. cit., p. 47.

17. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 165, 166, nota 11.

18. V. sobre as partes e seus interesses o item de n. 7.

19. Ovídio Baptista, op. cit. p. 47.

20. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 113-117.

21. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 165-166.

22. Gaito, op. cit., p. 473.

23. Não há aqui preocupação de examinar se é possível essa ressocialização; tem-se em conta somente o objetivo fixado pelo próprio legislador no art. 1.º da LEP.

24. Sobre o Ministério Público como parte na execução penal, ver o que escrevemos in *Execução Penal*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana, p. 25-36. Ver também Gaito, p. 471, que, falando da experiência italiana, salienta "depositário da pretensão punitiva do Estado permanece sempre o MP, ao qual vem atribuída a função de exercer a ação executiva". Ainda, examinando o Projeto de CPP Tipo para Ibero-América fez o autor italiano questão de salientar que nele se atribui ao MP o papel de parte (p. 461, 462, 464). Por outro lado, Anabela Rodrigues, cuidando do sistema português, diz que constitui o MP "órgão a quem compete a atividade promotora da execução" (p. 438).

25. Sobre os direitos do condenado, ver as interessantes considerações feitas por Anabela Rodrigues, p. 434 a 436, onde, após afirmar ser ele sujeito de direito, ou, sujeito de execução, não se justificando qualquer "limitação específica e implícita de direitos fundamentais, à exceção daquele que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome

das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto específico respectivo" do recluso.

26. Gaito, com base na Legge-delega de 1987 da Itália, salienta que se prevê "um juiz verdadeiramente terceiro, como órgão estranho à disputa judiciária".

27. O STJ, no REsp. 15.239-SP, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 16.12.91, disse: "O *sursis*, consoante a reforma penal (Lei 7.209/84), deixou de ser mero incidente de execução para ser espécie de pena". Disso resulta que, atualmente, há um procedimento principal relativo à suspensão condicional da pena privativa, a qual, assim, não mais é objeto de um procedimento incidental formado ao lado do procedimento principal atinente ao cumprimento da pena privativa.

28. Não há recebimento de guia de recolhimento porque o réu não estará preso. Para realização do registro será bastante o encaminhamento ao juízo da execução penal de uma certidão, ou documento equivalente, que contenha a condenação, a suspensão e suas condições.

29. Para que o juiz da execução instaure de ofício o processo de execução deverá ele receber do juiz da condenação certidão ou outro documento equivalente que contenha, além da condenação, especificação da pena aplicada e, se fixados, a entidade junto à qual o condenado trabalhará gratuitamente e horário em que deverá cumprir a pena.

30. Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 7. Cita, ainda, outro trabalho de sua autoria: *A nova lei processual penal*, p. 135 e 153 e outros doutrinadores: Marques, *Elementos*, v. 3.º, 1962, n. 634; Tornaghi, *Compêndio de processo penal*, I, 1967, Rio, p. 634; Campos Barros, *Direito processual penal brasileiro*, I, 1969, S. Paulo, p. 262 e 263.

31. Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 7.

32. Gianzi, *L'incidente nella esecuzione penale*, p. 83 e ss. Fala o autor em objeto do procedimento incidental do período executivo. Preferimos, contudo, referir objeto de decisão do juiz da execução penal, mais em consonância com o entendimento exposto no trabalho, em que admite-se a existência de procedimentos principais e incidentais.

33. Gianzi, *L'incidente*, p. 83.

34. Gianzi, *L'incidente*, p. 84.
35. Gianzi, *L'incidente*, p. 84.
36. O autor considera o processo de execução como uma fase do processo condenatório.
37. Gianzi, *L'incidente*, pp. 85-87.
38. Gianzi, *L'incidente*, p. 87.
39. Gianzi, *L'incidente*, p. 89.
40. Gianzi, *L'incidente*, pp. 90-2.
41. Gianzi, *L'incidente*, p. 92.
42. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 126-130.
43. Dinamarco, *Instrumentalidade*, p. 129, nota de rodapé n. 129.
44. O parecer emitido está na revista *Justitia*, 52, p. 176-8, na qual consta que foi acolhido pela Décima Primeira Câmara Criminal do TACrim, relator Gilberto Gama, em 5 de março de 1990.
45. Assim, STJ: RHC 473-SP, 6.^a t., 8.5.90, DJU 4.6.90, p. 5.067. Relator Carlos Thibau; TJSP HC 121191. Mirabete, *Execução Penal*, p. 307, admite que a lei estadual possa prever a sustação ou suspensão provisória do regime aberto, considerando ele ser a providência indispensável "nas hipóteses de planos de evasão, de motim, de outros problemas disciplinares graves etc."

DOCTRINA NACIONAL

REFLEXÕES EM TORNO DO PROJETO DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA DA OAB/SP — APRECIÇÃO CRÍTICA E PROPOSTAS

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR

Associação Juízes para a Democracia

1. Introdução — 2. Descriminalização e revisão de condutas: 2.1 Revogações sociológicas e Criminalidade de novo perfil — 2.2 Jogo do bicho e crime organizado — 2.3 Tóxicos — 2.4 Uma Lei Hedionda — 3. Revisão geral no CP e CPP: 3.1 Quantidade de penas — 3.2 Prazos prescricionais — adequação — 3.3 A Constituição de 1988 — 3.4 Júri — 3.5 Direitos da mulher — conceitos impróprios — 4. Redução das penas privativas de liberdade: 4.1 Crítica do sistema penitenciário — 4.2 Alternativas não prisionais — 4.3 Presídios, cadeias e Direitos Humanos — 4.3.1 A privatização — 4.3.2 Princípio da legalidade e execução — 5. A execução da pena e seu acompanhamento: 5.1 Trabalho, educação e ressocialização — 5.2 Progressividade de regimes — 5.3 Acompanhamento jurídico da execução — 5.4 Assistência — formação funcional.

1. Introdução

O projeto — elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil-Seccional de São Paulo, Pastoral Carcerária da CNBB-Regional Sul I, Sindicato dos Advogados do Estado de São Paulo e Geledés-Instituto da Mulher Negra — é abrangente no sentido de propor reflexões em vários níveis, desde a reforma de leis penais e processuais até a implementação de um sistema democrático de ressocialização do preso, cujas bases já estão na Constituição Federal, Lei de Execuções Penais e Constituição do Estado de São Paulo.

Propõe uma política liberal, que dá ênfase à questão dos Direitos Humanos, em contraposição ao autoritarismo que tem caracterizado o tratamento oficial do problema. Evidencia, sobretudo no caso da execução da pena, o descompasso entre as bases estabelecidas na legislação específica — de inspiração democrática — e as mazelas decorrentes de sua inobservância, falta de implementação ou regulamentação.

Carece de propostas mais concretas, inclusive em termos de encaminhamento do processo legislativo e sugestão de emendas a projetos em andamento — muitas vezes ignorados no documento. Porém, trata-se de reflexões oferecidas às autoridades responsáveis e, quero crer, sujeitas à discussões e desdobramentos no sentido de tornar viáveis no plano concreto as tão esperadas mudanças.

Nas linhas abaixo procurei aprofundar as análises feitas e propor outras reflexões úteis, a serem consideradas, se for o caso.

2. Descriminalização e revisão de condutas

2.1 Revogações sociológicas e Criminalidade de novo perfil

O projeto começa por propor oportuna descriminalização de condutas incorporadas à prática social. Com efeito, é preciso economizar energia que o sistema global

gasta com a criminalidade de bagatela, ignorando verdadeiras revogações sociológicas de leis, para que possa dar a atenção necessária à macrocriminalidade. A criminalidade violenta, a do colarinho branco — especialmente aquelas em que o Estado e toda a sociedade figuram como vítima de grandes fraudes — e a de tráfico internacional de entorpecentes, todas muitas vezes ligadas a interesses políticos de elites, carecem de maior atenção das autoridades. É preciso adequar o sistema policial à investigação menos simplista que a perseguição de ladrões de rua. Medida preparatória neste sentido é, evidentemente, o despojamento do sistema, tão formalista, de certas definições de crime que já não preocupam a sociedade.

Não tem mais sentido o Direito Penal se ocupar com práticas como a *perturbação da paz pública, vadiagem, adultério ou rapto consensual*.

Por outro lado, com relação aos crimes do *colarinho branco*, mostra-se o sistema falho. Cada vez mais a empresa tem sido usada para a prática de toda sorte de ilicitudes que deveriam merecer maior atenção dos criminalistas. A responsabilização penal da pessoa jurídica já é realidade em alguns países da Europa. Foi pensada a partir da dificuldade, no complexo mundo empresarial, de se identificar, muitas vezes, as pessoas físicas responsáveis pela infração. Outrossim, o vínculo entre a atividade criminoso realizada por meio da pessoa jurídica e o enriquecimento pessoal precisa merecer delineamento legal, em termos de responsabilização, num mundo de grandes complexos de interesses, que acabam se sobrepondo ao Estado, de forma perversa muitas vezes, na condução do destino das populações.

A criminologia crítica, conquanto tenha evidenciado a impossibilidade de pura ressocialização num sistema de exclusão de alguns dentro da lógica do capitalismo, não deixou de propor alter-

nativas válidas para o problema da delinquência, dentre as quais ressalta Alessandro Baratta a reforma da tutela penal nos campos essenciais para a vida, tão discutidos hoje em dia especialmente pela introdução do conceito de interesses difusos, tais como a saúde, a segurança no trabalho, o meio ambiente e o saneamento básico das cidades. Além disso, propõe o ataque à criminalidade não convencional de natureza econômica ou que tenha a ver com o abuso do poder político (cf. Cézar Roberto Bitencourt, "*O objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica*", em RT 662/247).

Realmente, é necessário rever o que deva merecer atenção do Direito Penal. Há que se considerar, inclusive, nesta revisão, que o *princípio de culpabilidade individual* e a *responsabilidade ética*, vinculados à tradição da teoria normativa da culpabilidade se mostram cada vez mais inadequados à orientação de um Direito Penal que se pretenda democrático numa sociedade complexa, cambiante, fragmentada em subsistemas culturais com valores distintos que tornam questionáveis os critérios *oficiais* do Estado na repressão de comportamentos individuais considerados *socialmente desviados*.

2.2 Jogo do bicho e crime organizado

Temos um Direito Penal que ainda se preocupa em reprimir a prática do *jogo do bicho*, que há muito faz parte das tradições populares. Graciliano Ramos, há quarenta anos, já evidenciava seu conteúdo socioeconômico: homens e mulheres do povo, impossibilitados de adquirir uma felicidade completa, buscam pedaços de felicidade, procrastinando por dias ou meses as dificuldades irremediáveis, com um palpite no *bicho*, verdadeira instituição da alma popular brasileira (cf. "*O Jogo do Bicho, Fator Econômico*", em *Viventes das Alagoas*, 2.^a ed., Martins, p. 157).

É verdade que o crime organizado relacionado ao tráfico de drogas e contrabando muitas vezes aparece atrelado a esta contravenção. Porém, a criminalização de fatos que não ferem a ética comum só acabam por agravar o quadro. A organização criminoso, no caso atraída pelo grande volume de dinheiro que a atividade, até por ser formalmente ilícita, movimenta, deve merecer atenção objetiva.

Por outro lado, o que se constata é que, para legitimar socialmente sua atividade, o *bicheiro* trata de fazer retornar parte desse dinheiro à sociedade, como obra de *beneméritos* e *filantropos*. Sabe-se que Delegacias de Polícia, escolas e clubes de comunidade são construídos sob este esquema. E de políticos que assim também são eleitos. Em compensação, a corrupção de agentes e a apropriação privada dos serviços policiais é uma realidade.

A sugestão complementar que se pode fazer nesse campo, para retirar dos chefes do jogo a capacidade de manipulação em benefício elitista, é de que se inclua nas cogitações a adequação do sistema repressivo ao enfrentamento da sonegação fiscal relacionada ao dinheiro obtido por atividade ilícita. Afinal o retorno de partes do dinheiro do jogo, no Estado democrático, só pode existir sob a forma de tributo. Sua aplicação e escolha de prioridades há que obedecer critérios de política pública.

2.3 Tóxicos

Com relação à lei de tóxicos também são pertinentes as observações do projeto quanto ao autoritarismo e violação do direito à intimidade garantido constitucionalmente. A intervenção do direito em condutas puramente individuais, como é o caso de posse de substância tóxica para uso próprio, sem potencialidade de atingir terceiros não tem sentido. O próprio bem jurídico protegido pelo tipo penal,

a *saúde pública* segundo a unanimidade da doutrina e jurisprudência, tem servido para que a análise crítica desmonte a tipicidade penal da referida conduta. Mostra-se evidente a incompatibilidade entre a posse de drogas para uso próprio e a saúde pública, que implica expansibilidade incompatível com a destinação íntima. A norma e o bem jurídico tutelado não é afetado não há tipicidade penal, embora haja adequação ao tipo ou tipicidade legal (cf. Maria Lúcia Karan, "*Aquisição, Guarda e Posse de Drogas para uso pessoal*", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 121).

Convém lembrar que a autolesão ou perigo dela tem sido tradicionalmente desprezada pelo Direito Penal brasileiro, cuja sistemática permite ver na referida norma incriminadora uma incoerência. E qualquer norma jurídica, especialmente a penal, deve guardar um mínimo de coerência com a ordem jurídica que integra.

A transformação do usuário em criminoso é punição que não compensa. Provoca mais estragos que a dependência, que, aliás, nem sempre existe. E se existe é caso de saúde, única e exclusivamente, não cabendo atuar, em mínimo nível, o aparelho repressivo do Estado.

Outro fator de grande injustiça, lembrado no projeto, é a equiparação de condutas tão díspares como o fornecimento solidário de drogas em grupo de consumo e a atividade econômica do traficante.

A isto, acrescente-se a falta de distinção legal entre *drogas pesadas* e *drogas leves*, feita em países avançados que questionam a validade de tratamento severo com relação às *leves* a ponto de liberar a *maconha*, que, historicamente usada como remédio — porque tem propriedades medicinais comprovadas —, só mereceu proscrição pelos efeitos colaterais revelados (cf. "*Justiça suíça muda parecer sobre o porte de maconha*", na *Folha de S. Paulo*, 9.1.91).

Só o autoritarismo político e de orientação doutrinária em que foi gestada a lei de tóxicos explica a repressão extremada, contra as evidências de que na atualidade, pela fragmentação da sociedade, complexa e cambiante, capaz de encerrar condutas individuais as mais diversas, o Direito Penal só pode funcionar quando todas as outras formas de controle não vingaram. Ocorreu no Brasil, também, o que Eugenio Raúl Zaffaroni, observa ter sido característica da América Latina a partir da segunda metade dos anos sessenta: o ataque a um direito penal liberal e a introdução de um discurso de *guerra permanente contra a criminalidade*, vinculado à *ideologia de segurança nacional*, a tal ponto de se identificar subversão com uso de tóxicos (cf. "A Legislação 'antidroga' latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário", em RT 679/447).

Impõe-se, assim, rever toda a legislação, que faz parte daquilo a que se tem referido como *entulho autoritário*, incompatível com o ordenamento jurídico próprio do Estado democrático de direito.

2.4 Uma Lei Hedionda

A mesma ótica equivocada do fenômeno da criminalidade é manifestada na recente *Lei dos Crimes Hediondos* (Lei 8.072/90), aprovada de afogadilho e sem ampla discussão, que insiste na velha prática de colocar sob mesma tutela jurídica situações profundamente diferentes, além de rotular de hediondas, com base em critérios questionáveis, condutas cuja penalização severa atende a valorização de interesses das elites que detêm o poder econômico.

Aliás, os fatos políticos que precederam a aprovação desta lei, com utilização demagógica da idéia de se desencadear uma verdadeira *guerra contra o crime* — ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte deles num país cuja maior violência está na perversa distri-

buição de renda, na política econômica causadora de desemprego e na falta de condições mínimas de vida digna à maioria da população — e sua vinculação ideológica ao movimento da *Lei e Ordem*, de conteúdo autoritário (cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991 e Maria Lúcia Karam, "A Fantasia do Sistema Penal", em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991), justificam seja conhecida como Lei Hedionda.

3. Revisão geral no CP e CPP

3.1 Quantidade de penas

Há incoerências enormes nas leis, que equiparam no tratamento crimes que agredem bens jurídicos relevantes e outros que tocam bens supérfluos.

A diminuição das penas previstas para certos delitos que não chegam a preocupar é necessária.

Outrossim, uma maior liberdade ao juiz na adequação da pena ao fato concreto é tema a ser explorado, sendo de se pensar na eliminação da pena mínima do tipo penal, preservando-se apenas a máxima, que é garantia imprescindível do acusado e limite imposto pelo princípio da legalidade. Outra alternativa é reduzir consideravelmente a pena mínima ou estabelecer casos especiais em que o julgador possa fixar a pena abaixo do mínimo.

Aliás, quanto às circunstâncias atenuantes legais ou obrigatórias, é conveniente se propor revisão legislativa a tornar explícita no CP a possibilidade de, diante da ocorrência delas, ser a pena fixada abaixo do grau mínimo previsto. Esta possibilidade tem sido apontada, nos termos da redação que a Lei 7.209/84 deu ao CP, embora a jurisprudência e a doutrina, apegadas à tradição legislativa anterior, se inclinam quase que à unanimidade a negá-la, afastando-se da melhor e mais justa exegese do art. 68. O Juiz de Direito e

professor de Direito Penal James Tubenchlak, diz que o posicionamento tradicional é “*carente de supedâneos jurídicos e legais, arcaico, preconceituoso e defasado, na medida em que vem restringir in malam partem, o que a nova Parte Geral não restringe*” (cf. “*Atenuantes - Pena abaixo do mínimo*”, em separata da *Revista Forense*, v. 312).

3.2 Prazos prescricionais — adequação

A adequação dos prazos prescricionais, em face das incoerências apontadas, deve de fato ser feita. Porém, sempre procurando estabelecer prazos menores, tendo em vista a dimensão de respostas, social e individual, da atividade repressiva. O aumento de prazos de prescrição só tornaria mais distante, e portanto inútil, a resposta. A partir de certo momento, a ameaça de condenação só conserva seu grau desestabilizador — porque o direito também pode ter esta função na dinâmica das relações sociais contemporâneas.

3.3 A Constituição de 1988

O projeto da OAB deixou de lado importante problema: o da constitucionalidade de artigos de leis penais.

Sem dúvida, em face da nova ordem constitucional, que, por disciplinar mais adequadamente a questão dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, foi chamada por Ulisses Guimarães de *Constituição Cidadã*, urge rever os conceitos e práticas consagradas com base nos textos do CP e do CPP. Com a nova Constituição é necessário se repensar todo o direito. Não conferir cada dispositivo para verificar sua adequação à Lei Fundamental pode significar a continuidade da tradição de não efetividade da ordem constitucional. Há que se ter em conta um moderno conceito promocional do direito — no sentido de intervir para mudar a realidade —, não

tendo mais sentido aceitar que certos dispositivos legais sejam interpretados como mera declaração de boas intenções ou princípios programáticos. A Constituição da República está aí para ser cobrada e cumprida por todos.

Apenas para exemplificar uma das muitas incoerências, observe-se o texto do art. 186 do CPP: “*antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”. Ora, que sentido tem este preceito diante da presunção constitucional de inocência (art. 5.º, LVII)? Qual o conteúdo jurídico do silêncio como meio de prova no *devido processo legal* de um Estado democrático de direito?

Esta questão do interrogatório do acusado tem que ser revista. Afinal, como exercício de defesa não se justifica ocorrer antes da prova de acusação. Como meio de prova, como vedar a intervenção do defensor. (art. 187 do CPP), restringindo a ampla defesa?

Outra questão que se põe, relacionada com a presunção de inocência é a possibilidade de obtenção de informações sobre as distribuições criminais. Não seria mais lógico que o acesso se restringisse aos definitivamente condenados?

A possibilidade de correção da classificação de fatos da denúncia, de acordo com o art. 569 do CPP, também já foi apontada como impossível diante dos princípios constitucionais de respeito à pessoa humana (art. 1.º, III), presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), conclusivos de que aquela deva indicar com precisão a conduta atribuída ao denunciado, adequada ao tipo, sob pena de inépcia. De fato, não se concebe processo penal ético e democrático sem a garantia de que o acusado saiba precisamente do que se defender. Segundo Adauto A. S. Suannes,

referido artigo não foi recepcionado pela Constituição da República (cf. "*A necessária rejeição da denúncia inepta*", em RT 667/245).

O processo judicial não é um *jogo* em que as partes possam *esconder trunfos*, conquanto alguns operadores mais apegados à tradição discursiva, fabuladora e mistificadora do direito tenham cuidado de passar essa idéia à sociedade.

Convém notar que a proposta de alterações no CPP que o MP paulista pôs a debate interno, visando conferir maior eficácia a seu trabalho institucional, não se preocupa com tais problemas. O texto divulgado se limita a propor mudanças — também importantes, não se nega — tendentes ao controle mais efetivo do MP sobre a investigação criminal (cf. Hugo Nigro Mazzilli, "*Alterações no Código de Processo Penal*", *Cadernos Informativos APMP*, 1991).

O mesmo se diga dos estudos feitos pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em que a preocupação básica — que evidentemente tem relevância mas não esgota os problemas — é com a racionalização do processo penal. A proposta é de simplificação das formas (procedimentos e recursos), com modernização da documentação e dos atos pelo aproveitamento da tecnologia (citação postal, telex, fax, telefone) e da imprensa oficial, esta para intimação do defensor (cf. Sidney Agostinho Beneti, "*Reforma do CPP*", em RT 679/438).

3.4 Juri

Outra questão constitucional que se tem posto, e que não consta do projeto da OAB/SP, diz respeito à plenitude de defesa no júri, consagrada especialmente no art. 5.º, XXXVIII, *a*, da Constituição Federal, sempre invocada para que certos defensores usem todo tipo de argumentação em plenário, atacando, grosseiramente por vezes, a imagem de vítimas

— especialmente mulheres no caso da tão utilizada tese da legítima defesa da honra pelo marido acusado de homicídio — e até de acusadores. Poderes ao juiz no sentido de fazer cessar linhas de argumentação consideradas injuriosas ou de flagrante desrespeito aos Direitos Humanos deveriam ser fixados em lei. Afinal, não se pode admitir que em nome da defesa do acusado se cometam outros crimes. Outrossim, não há que se confundir amplitude de defesa do réu com direito do advogado dizer o que bem entenda.

3.5 Direitos da mulher — conceitos impróprios

Interessantes propostas de reforma legal, no que diz respeito aos direitos da mulher, podem ser encontrados no relatório do *Americas Watch* sobre a violência contra a mulher no Brasil. Preocupações manifestadas no documento, a respeito do qual houve debate organizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, na sede da OAB/SP, incluem a questão da soberania do júri — por causa das frequentes absolvições de maridos que matam mulheres por *legítima defesa da honra* —, a efetiva igualdade jurídica para as mulheres com revisão de conceitos — deslocamento do estupro da seção de crimes contra os costumes para a de crimes contra a pessoa, de ação pública incondicionada, p. ex. — e a eliminação de palavras como *virgem* ou *honesta*, que veiculam valores ultrapassados ou questionáveis, para, mais adequadamente, disciplinar, em tipos mais abertos, todo *abuso sexual* (cf. "*Injustiça Criminal — A Violência contra a mulher no Brasil*", *WRP-Projeto dos Direitos da Mulher do Americas Watch*, 1992).

Sugestões de entidades civis de mulheres neste sentido estão sendo incorporadas pela comissão de reforma do CP (cf. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 13.9.92).

4. Redução das penas privativas de liberdade

4.1 Crítica do sistema penitenciário

Outra virtude do projeto é evidenciar a necessidade de redução dos casos que devam ser tratados com penas privativas de liberdade.

Esta é uma tendência do direito penal moderno, recomendada não apenas pelos questionamentos cada vez mais frequentes quanto às virtudes da segregação do criminoso, como pelas observações práticas do sistema carcerário, que no Brasil sempre esteve em crise.

Há anos já observava Paulo Sérgio Pinheiro que “as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena. A pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias, sem regras fixas, sem defesa, que por um sim ou por um não “condena” os internos a isolamentos e castigos físicos. As humilhações são estendidas às famílias dos criminosos, submetidas a vexações que contribuem para agravar o isolamento do preso, objetivo máximo do sistema penitenciário” (cf. “Escolas do Crime”, em *Retrato do Brasil*, 2./331, ed. Política, 1984).

O que a respeito se pode comentar é que nos últimos oito anos a situação piorou. No Brasil, o histórico desprezo

das autoridades pelas condições objetivas de encarceramento digno, o tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados, envolvidos no tráfico de drogas, armas e influência para alimentar as quadrilhas internas que o iníquo sistema de injustiças favorece têm provocado inúmeras rebeliões, violência reativa e promiscuidade. Recentemente, às vésperas das eleições municipais de 1992, um verdadeiro massacre de presos pela PM, absurdamente autorizada a invadir a Casa de Detenção para intervir em briga de quadrilhas por tóxico, tomou as manchetes dos jornais no mundo inteiro. A maior carnificina jamais vista em um presídio no mundo inteiro. É tolerável tamanho descaso das autoridades? Não está na hora de repensar seriamente em soluções urgentes?

O sistema penitenciário já vem sendo usado como clássico exemplo de certa função *negativa* que o direito vem adquirindo. Sob uma análise estruturalista do direito — encarado como controle social — se descobriu, agora em análise funcional, que além de ter perdido parte desta função — hoje os meios de comunicação parecem usurpar este controle anteriormente concentrado no Estado —, ele já chega a exercer funções negativas. De fato, tendo em vista a disparidade custo/benefício e o efeito contrário que o transformou de *recuperador de criminosos* em verdadeira *escola de crime*, tem-se no sistema penitenciário brasileiro um belo exemplo do direito exercendo funções negativas e desestabilizantes.

Não se pode ignorar que a segregação é incompatível com a ressocialização. Como adverte Maria Lúcia Karan, “um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela” (cf. “Algumas notas sobre penas e prisões”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 177).

Rui Machado Alvim observa que entre nós ainda há a tendência de se alijar o

sistema penitenciário da sociedade, ilhando a população carcerária em um espaço físico. De um lado ficam os problemas sociais, de outro as inquietações do cárcere. Duas pontas que não se tocam. Os vínculos com a sociedade são antecedentes (o crime e suas causas), persistentes (a vítima) ou concomitantes ao cumprimento da pena (o trabalho). Há que se refletir muito sobre o trabalho tendo em vista sua inserção no Estado capitalista, os interesses que o envolvem e as múltiplas formas — jurídicas, econômicas e sociais — de abordá-lo (cf. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*, Atlas, 1991).

As reflexões em torno dele, tradicionalmente encarado como terapia ocupacional de conteúdo reeducativo, com forte conteúdo ideológico, adquirem importância se tivermos em conta o objetivo de enquadrar o preso na ordem capitalista. Duas questões se colocam. Se não tivesse sido excluído do mercado de trabalho, no pré-delito, teria delinqüido? Ao sair da prisão, encontrará oportunidade na sociedade, preconceituosa com relação ao egresso?

Está claro que a questão do trabalho deve ser muito bem analisada e disciplinada por qualquer projeto que não se limite a ver na criminalidade um lado patológico da sociedade, em oposição a um lado sadio, onde pretensamente não são cometidos delitos, mas que, ao contrário, chame a sociedade como um todo a pensar sua responsabilidade pelo fato de alguns cometerem os crimes mais comuns e que fazem o cotidiano das delegacias de polícia.

Há que se ter em conta que a prática da maioria dos crimes em torno dos quais atua a repressão tem pouco de voluntarismo. Múltiplos fatores exógenos influem. A sociedade desigual e a concentração de renda nas mãos de uns poucos são determinantes de que um certo número de pessoas viva abaixo da chamada *linha da miséria*. Há toda uma violência

sutil que parte do sistema global: uma verdadeira *violência oficial* bem disfarçada pelos mecanismos ideológicos que, escondendo os verdadeiros conflitos sociais, imbuem na força retórica da norma um conteúdo pretensamente igualitário. Que algumas pessoas vivam na indignidade, pois, é matemático. Como também o é que uma parte dessas pessoas inevitavelmente cometa crimes com raízes socioeconômicas. É duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas. Ou que saiba identificar previamente quais as pessoas na mencionada situação propensas ao crime. Não adianta procurar os doentes sociais. Nem tratar os que delinqüem como se fossem eles os doentes. A responsabilidade é de todos, especialmente dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais. O que se pode fazer por meio de políticas públicas é diminuir consideravelmente o número de miseráveis a curto prazo e eliminar a miséria — a miséria e não os miseráveis como tem ocorrido! — mais remotamente. Assim, baixando o índice de saturação que conduz muitos ao crime, se estará tratando adequadamente a questão.

Entretanto, o que se tem visto é que as rebeliões de presos amontoados em celas vem merecendo tratamento *linha dura* dos governos. Especialmente do recentemente afastado Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo que chegou a dizer preferir as cadeias cheias de presos a marginais nas ruas (cf. "Presos são Tratados com 'linha dura'", na *Folha de S. Paulo*, 3.6.92). Já se viu no que deu seu autoritarismo: deixou o cargo por pressão das entidades de apoio aos Direitos Humanos que o responsabilizaram pelas centenas de mortes da Detenção, em 2.10.92. Em seu discurso, crime é sinônimo de

violência, restringindo-se às ruas em que desesperançadas andam as multidões despossuídas. Sua política de segurança não passava de proteção dos ricos contra a multidão de pobres, cuja condição incorpora risco de eliminação física pela Violência policial. Sob tal ótica, não há lugar para preocupação com a macrocriminalidade, muitas vezes freqüentada pelos mesmos personagens das colunas sociais, das grandes concorrências para obras públicas, responsáveis pela já mencionada violência sutil que atinge a base da pirâmide social como um todo e verdadeiramente desgraça o país.

4.2 Alternativas não prisionais

A contraposição ao discurso autoritário, que enche as penitenciárias inutilmente, se faz necessária e, neste ponto, julgo conveniente trabalhar em torno de penas que sejam aptas a tocar no senso humano do condenado. É preciso motivar sua responsabilidade e adequação social, mas num sentido ético de lutar pela transformação da sociedade e conquista da democracia real cujas bases está nas leis formalmente igualitárias.

Restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade, trabalho em liberdade vigiada com garantia de remuneração digna e ressarcimento consciente da vítima são penas adequadas a vários tipos de delito ora apenados com a privação de liberdade.

Para os delitos de pequena gravidade é preciso reservar juizados especiais, com solução conciliatória relativamente à vítima e ressarcimento de seu prejuízo. A justiça consensuada é largamente difundida na Europa, significando soluções não penais para os casos mais brandos. Na Alemanha ela abrange casos punidos até um ano de prisão, em Portugal, três anos. Mas há sistemas que admitem até em casos puníveis com cinco anos de prisão (cf. entrevista de Luiz Flávio Gomes na *Tribuna da Magistratura*, órgão

da Associação Paulista de Magistrados, julho de 1992). A abertura para tal tipo de justiça está no artigo 98 da Constituição da República, mas, apesar dos esforços de muitos juristas, ainda não se reuniu vontade política suficiente para rápida aprovação da lei adequada.

A tendência moderna de redução progressiva da pena privativa de liberdade pode ser exemplificada pelo que ocorre na Alemanha, onde, atualmente, apenas 6% das sanções implicam encarceramento sem suspensão. Naquele país, 83% das penas são pecuniárias e já não existem contravenções penais, passando a maioria das condutas nelas enquadradas a constituir infrações administrativas e a minoria crimes (cf. Osvaldo H. Duek Marques, "Sistema penal para o terceiro milênio", em *RT* 663/390).

Maria Lúcia Karan observa que seria mais lógico optar-se, em certos casos, por sanção que implicasse reparação dano material ou moral do delito, até pela inclusão, nesta prática, dos interesses das pessoas afetadas pela conduta criminosa (cf. "Algumas notas sobre penas e prisões" em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991, p. 176).

Impõe-se ampla revisão legislativa, precedida de discussão com a sociedade civil e de um trabalho até mesmo didático, de esclarecimento, para evidenciar os equívocos dos adeptos do recrudescimento punitivo, que não vêem no crime mais que um caso de polícia. É interessante divulgar dados estatísticos comparando sistemas mais ou menos severos, capazes de desfazer o mito de que as penas altas, ou até mesmo a pena capital, exercem grande papel intimidativo e de controle social.

É preciso combater as ideológicas manipulações dos sentimentos de insegurança e medo que exigem a punição como castigo, num retorno às concepções puramente retributivas da pena. Os fundamentos emocionais de certas cobranças da sociedade não permitem indagar, eti-

camente, o porquê de se compensar um mal com outro igual ou maior. De se notar que a possibilidade do discurso manipulador, de inspiração totalitária, conta sempre com a persistência, entre os penalistas, de uma visão conformista, que concebe a prisão como mero sistema de poder, totalitário, sem espaço para a introdução da democracia quebrando a disciplina. A eles há que se evidenciar que, sem visão utópica rumo a um ideal democrático cada vez mais abrangente, as cadeias continuarão a ser mais agressivas que os próprios apontados agressores da sociedade e, cada vez mais, fábricas de criminosos. A atividade de pensar utopicamente a democracia só é de fato prejudicada quando o componente ideológico do totalitarismo entra em cena. Fora disto, sempre se pode melhorar.

4.3 Presídios, cadeias e Direitos Humanos

4.3.1 A privatização

O sistema repressivo do Estado, evidentemente, não prescinde das prisões. Há casos que não podem ser tratados de outra forma.

Em contrapartida, há limitações que visam dar um conteúdo de moralidade ao encarceramento. A questão sempre foi objeto de reflexão filosófica. Mas, apenas com o Estado moderno e a humanização das penas pelos iluministas é que se estabeleceu ser possível ao Estado exercer a repressão com certa dignidade e impessoalidade.

Por isto é que, a par das inconstitucionalidades e equívocos jurídicos apontadas pelo projeto da OAB/SP com relação às propostas de *privatização* ou *concessão de serviço público*, há que se observar a total incoerência da pretensão com o *monopólio da violência física legítima* que, segundo Max Weber, caracteriza o Estado moderno. Põe-se em questão o próprio caráter público do

Estado brasileiro se observamos: 1) o lucro esperado pelas empresas interessadas — muitas controladas por saudosistas de ditaduras e grupos paramilitares de repressão —; 2) que já temos no Brasil um verdadeiro exército de homens armados pelas companhias privadas de segurança, que supera o contingente das Forças Armadas; 3) que existe na prática a apropriação privada dos serviços policiais, civil e militar, fruto da corrupção e distorções várias; 4) finalmente, que se vive em estrutura de progressiva concentração de renda, implicando considerável aumento dos pobres que compõem o quadro humano das cadeias, não havendo porque imaginar que os representantes do poder econômico, que não se preocupam com os miseráveis fora da cadeia, se interessem pela dignidade nos cárceres.

Algumas dessas observações foram feitas, em recente artigo, pelo professor José Eduardo Faria. Denunciou ele as propostas de privatização de presídios como representativas, não do enxugamento do Estado, mas de sua feudalização. É que, “tratando homens como mercadorias, e utilizando a mão-de-obra presa como trabalho compulsório, elas desprezam os pressupostos fundamentais subjacentes à criação do próprio Estado liberal, que foram forjados pelas revoluções inglesa, norte-americana e francesa”, dentre os quais estão as “funções precípuas do setor público”, “segurança e justiça” (cf. *O Estado de S. Paulo*, caderno Justiça, 23.5.92).

4.3.2 Princípio da legalidade e execução

Bem fixado, pois, que não se pode retirar do total controle do Estado o sistema penitenciário, é preciso se ter em conta que a execução penal é hoje fundada no *princípio da legalidade*.

Além da garantia constitucional de integridade física e moral do preso, incorporada por conta de toda a disciplina internacional dos Direitos Humanos, a

Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) prevê condições de encarceramento: cela individual salubre (arts. 88 e 104), trabalho obrigatório (arts. 28, 31 e 41, II), ensino (art. 18) e assistência material (art. 12).

Como bem observa Rui Machado Alvim, “hoje, ao recluir-se, desfruta o sentenciado de uma posição jurídica a torná-lo senhor de direitos e sujeito a deveres, uns e outros distintamente marcados em lei”. Prossegue dizendo que “sob tal situação, além de conservar os direitos comuns a todos os cidadãos, a não ser os direitos que, nos estritos limites das necessidades da execução, são-lhe tolhidos ou embargados, o sentenciado adquire novos direitos, particulares e indissociados da condição de encarceramento que se encerra” (cf. “A pena privativa de liberdade e a cadeia: um caso de incompatibilidade de gêneros”, *Revista da PGE/SP*, junho/91).

Ora, se a questão se funda no princípio da legalidade, quando o juiz condena alguém ao encarceramento só pode fazê-lo observadas as condições previstas em lei. Daí a ilegalidade, por todos tolerada — Judiciário, Ministério Público e Administração —, do *encarceramento a qualquer custo* em nome de uma pretensa proteção da sociedade, até mesmo em cadeias públicas, sem mínimas condições de dignidade humana.

O problema mereceria uma reflexão maior por parte do Ministério Público e do Judiciário. Se a adequação do sistema penitenciário às determinações legais depende, no âmbito do Executivo, de vontade política e recursos prioritariamente voltados à área, no Judiciário basta que se aplique a Constituição e as leis do país e o *habeas corpus* é remédio eficaz para cobrança da legalidade.

Está claro que a maior parte das reformas não prescinde da mudança de mentalidades. A formação tecnicista das carreiras jurídicas muito têm deformado a visão dos operadores do direito que

nem sempre se pautam por uma noção teleológica, global e interdisciplinar do fenômeno jurídico. Especialmente no Judiciário, é preciso trabalhar pela conscientização de que da efetividade dos direitos consagrados em lei — sobretudo dos princípios constitucionais — depende a conquista da democracia real. Cobrando legalidade no encarceramento estarão os juizes, no mínimo, provocando a Administração a adotar uma política séria de construção de presídios e adequação deles às exigências mínimas compatíveis com a dignidade do homem preso. Estarão também mostrando à sociedade que ela deve se mover para pressionar legitimamente as autoridades a cumprir a lei.

5. A execução da pena e seu acompanhamento

5.1 Trabalho, educação e ressocialização

As tarefas que normalmente se dá ao preso nas penitenciárias — costurar bolas por exemplo — são, como bem observa o projeto, alienantes, sem qualquer efeito no sentido de integrar o preso no mercado de trabalho. Além de preencher meramente o aspecto ocupacional (terapêutico) do trabalho, proporciona exploração de mão de obra barata pela iniciativa privada. O preso que costurava bola dentro da penitenciária jamais irá fazê-lo fora dela, até porque a demanda de mão de obra já está preenchida por outros presos, de forma bastante conveniente para o fabricante de bolas.

Por isto é que se deve pensar numa integração maior entre o ensino obrigatório e o trabalho. A educação, além de incluir cursos profissionalizantes, deve dar prioridade àqueles que digam respeito às carências sociais mais evidentes. Outrossim, há que se pensar no encaminhamento deste contingente de mão de obra à realização de serviços diretamente

pelo Estado — sem quebra de continuidade quando do término do cumprimento da pena —, procurando, tanto quanto possível, diminuir os casos de contratação de obras e serviços à iniciativa privada, que têm arruinado as finanças públicas para enriquecimento de grupos privados, que evoluíram da histórica corrupção nas licitações para uma verdadeira apropriação privada do Estado.

Nessa área é preciso envolver o Poder Público, obrigando-o por lei a garantir o trabalho penitenciário em obras que venham ao encontro das carências sociais. Não se pode deixar a questão à discricionariedade das Administrações, nem sempre sensíveis e interessadas. As entidades filantrópicas — apesar da boa vontade com que de há de ver o altruísmo e espírito de solidariedade — quase sempre falta profissionalismo, autoridade e projeto de continuidade. O apoio a ser dado por elas deve ser sempre secundário e a título de colaboração com o Estado. Este deve ser diretamente responsabilizado por uma política séria, planejada e vinculante das autoridades.

Sempre que possível, o trabalho do preso deve ser feito fora da prisão, ainda que não se trate de regime aberto. O enquadramento legal no regime fechado, como decorrência da quantidade de pena que lhe foi imposta, deveria ser mais maleável com vistas à ressocialização. Não há racional contra-indicação a que o condenado não perigoso trabalhe fora da penitenciária por simples decorrência da pena alta imposta em razão de certas circunstâncias.

Deve, é claro, haver vigilância, e não se entenda aí a mera fiscalização carcerária, mas, a atuação presente, de todo o sistema responsável pela reintegração social do preso, do juiz que lhe impôs a pena aos Conselhos da Comunidade (arts. 80 e 81 da Lei 7.210/84). Estes devem ser multiplicados e profissionalizados. Trabalhos como o feito

com seriedade pela FUNAP-Fundação de Auxílio ao Trabalhador Preso podem ser tomados como exemplo para o início de uma nova abordagem do problema da ressocialização.

A descentralização do sistema penitenciário e dos Juízos de Execuções, com criação de unidades integradas locais, facilitaria tal tipo de trabalho, dentro dos presídios e fora dele. E, sem dúvida, a informatização e dotação de recursos materiais e humanos é de fundamental importância para todo o sistema.

5.2 *Progressividade de regimes*

Além da necessidade de se acabar de vez com a ilegalidade do cumprimento de pena em cadeias públicas, já comentada acima, impõe-se observar com plenitude a progressividade de regimes previsto no art. 112 da Lei 7.210/84. Para tanto, todos os presídios devem contar com a Comissão Técnica de Classificação, que acompanha a execução desde o início (arts. 5.º a 9.º da referida lei).

As observações quanto à desnecessidade e inadequação do exame prévio pelo Centro de Observação, previsto em lei, que funciona fora do sistema penitenciário, são válidas. O próprio art. 98 da Lei 7.210/84 sugere não ser imprescindível a atuação do Centro.

Realmente, não há necessidade de duas estruturas. Insisto na já levantada exigência de seriedade a ser conseguida com a *profissionalização*. Equipes estáveis, vinculadas profissionalmente ao sistema, ganhando bem e em regime de exclusividade, cuidariam melhor do problema. Cada presídio deve ter a sua equipe. No caso de descentralização, para sistemas integrados próximos, de pequena complexidade — nas pequenas comarcas do interior por exemplo —, um grupo poderá atender a mais de um presídio, garantida, sempre, a presença quase que diária em todos. A proximidade é essencial à observação.

Não creio deva se vincular tais profissionais à Secretaria de Saúde. Poderia esta ficar encarregada, apenas, da seleção por concurso. O que se fazia urgente, sim, é reverter a vinculação, no caso do Estado de São Paulo, do sistema penitenciário à Secretaria de Segurança Pública, contrariando orientação de Direito Internacional, o que foi feito pelo governador do Estado após o lamentável episódio ocorrido na Casa de Detenção em 2.10.92.

Outrossim, a sugestão de que a comissão conte com um advogado, para o relatório final do exame criminológico, juntamente com um psicólogo (anexo II), é inadequada. A classificação é técnica. Ao advogado deve ser reservado apenas o acompanhamento jurídico da execução.

5.3 Acompanhamento jurídico da execução

A assistência judiciária ao acusado ou preso só será uma realidade democrática e constitucional quando organizada a Defensoria Pública, prevista na Constituição Federal e na Estadual, com o mesmo *status* do órgão acusador do Ministério Público e total independência.

O projeto observa que a Procuradoria Geral do Estado não dá atenção necessária à questão da assistência judiciária. Mas há que se fazer uma ressalva: os procuradores do Estado, da PAJ, tem se desincumbido com notável competência pessoal da defesa dos acusados, na instrução criminal. É verdade que são

em número insuficiente e a maior falha ocorre no acompanhamento da execução.

A Defensoria Pública poderia aproveitar o quadro de procuradores que já atua na área criminal, ampliando-o consideravelmente para preenchimento das necessidades. O que não se concebe é que a questão não tenha sido adequadamente encaminhada até hoje pelo Executivo estadual, apesar da obrigação expressa na Constituição Estadual.

5.4 Assistência — formação funcional

A Lei 7.210/84 prevê a assistência ao preso, ao internado e ao egresso, em várias linhas de necessidade.

Para bem se desincumbir deste encargo, os funcionários do sistema devem ser treinados, em cursos de adequação à delicada tarefa de lidar com pessoas socialmente desajustadas, com reciclagem periódica e acompanhamento do desempenho. É de se deixar claro que esta formação deve ser feita à distância das polícias e forças armadas, como recomendam as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovada pela ONU em 1955, evitando, assim, qualquer interferência dos que prendem na fiscalização do cumprimento da pena, por evidentes razões.

Ao currículo sugerido pelo projeto, ousa-se acrescentar apenas os Direitos Humanos. Afinal a base ética de todo o sistema não pode prescindir de sua plena observância. É por aí que tudo começa, sem dúvida. Sem eles não há progresso social.

MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO

LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

Professor de Direito Penal da USP e presidente da Assoc. dos Advogados
Criminais do Estado de SP

O crime existe. É um fato humano e universal, eterno como a própria sociedade ou a própria humanidade e como observa Bettiol, conceber uma sociedade sem crimes e sem delinquentes é pura utopia.¹

Dessa forma, na impossibilidade de sua eliminação com total erradicação, o Estado, como titular do direito de punir, deve não só reprimi-lo, como também preveni-lo, a fim de atenuar, o quanto possível sua frequência e seus efeitos.²

É na pena que se encontra o meio necessário, até então, para com a privação da liberdade, impingir o caráter retributivo da reprimenda.

Noé de Azevedo, registra que a prisão pode ser uma excelente instituição para a reforma do criminoso, mas à luz de seus métodos práticos e de sua hodierna atuação, talvez nada de mais ineficaz e vicioso possa ser concebido no método de proteção da sociedade para livrá-la das depredações das classes anti-sociais. Quase tudo quanto se pode contribuir para solapar e desmoralizar a personalidade humana, se encontra nas prisões de hoje e nos métodos contemporâneos de administração penal.³

Desnecessário observar quão maléfica é a pena nos moldes e nas instituições, nas quais é aplicada, mas obrigatoriamente, há que se observar que estamos diante de um mal necessário, cujos efeitos podem e devem ser minimizados por novos mecanismos de aplicação de pena, por modelos de instituições para cumprimento de penas que denigrem

menos o homem, como por exemplo, nos estabelecimentos penais privados que demonstram uma importante e eficaz experiência, mundialmente bem sucedida no setor.

Evidente também que haverá de se buscar restringir a imposição de pena privativa de liberdade para um mínimo cada vez menor de situações, utilizando-se, à vontade, todas as penas alternativas disponíveis, os substitutivos penais, enfim, todas as formas criativas, para se afastar, o quanto possível, o homem das mazelas próprias do cárcere.

Ocorre que a pena acontece pós-crime, ou seja, encarando o passado e a gravidade do delito; mas, a sociedade necessita de um instrumento de defesa, voltado para a prevenção, para o futuro, o qual é encontrado nas medidas de segurança, não figurando estas dentre as penas, por terem naturezas diversas entre si.

Daí, o aparecimento, dentre muitos povos, no Direito Positivo, de medidas de cunho especialmente preventivo, com objetivo de dar melhores condições ao Estado, para sua função de patrocinador da segurança pública.

Léon Rabinowics, afirma que essas medidas, chamadas de segurança, são o ponto central da ciência penal e que o séc. XX, sob o ponto de vista da evolução penal, seria o século das medidas de segurança.⁴

Numa rápida evolução histórica, observa-se que desde a antiguidade, medidas cautelares eram conhecidas e

aplicadas aos menores e doentes mentais. Álvaro Mayrink leciona que no direito romano já os menores impúberes ficavam sujeitos à *verberatio*, que consistia em uma medida de admoestação. Na época clássica, os *furiosus* eram equiparados aos *infans*, submetendo-os a medidas *ad securitatem proximorum*.⁵

Assim, embora as medidas de segurança com a estrutura acolhida pelos códigos atuais, tenham sua elaboração iniciada a partir do sec. XIX, muito antes, segundo Moacyr Benedito, providências assemelhadas foram registradas, ainda que rudimentares.⁶

Desde as Lei de Manú, observa-se dispositivo de caráter preventivo, que não era pena, e segundo Madureira Pinho, nas leis romanas já aparecia o instituto de relegação e que era aplicado pelo poder consular com a finalidade de afastar os indivíduos perigosos à ordem pública.⁷

Rabinowicz, por sua vez, situa nas *pandectas* (liv. I, tit. 18, fragmento 14) a origem dessas medidas, pois “quando ao conhecimento de Marco Aurélio, um pretor levou a trágica notícia de um parricídio, praticado por um indivíduo que havia perdido a razão, o imperador romano, depois de ponderar que ao criminoso faltava capacidade de imputação, em face de seu estado mental patológico, ordenou, todavia que o pusesse em custódia para evitar a reprodução de outros fatos criminosos e garantir a ordem coletiva”.⁸

Por esse mesmo enfoque, Aureliano de Araújo, embora entendendo que o Direito Romano não teve no Direito Penal logrado o mesmo desenvolvimento de outros ramos, é este no grande manancial jurídico da pátria dos maiores jurisconsultos e legisladores do mundo, onde vamos encontrar, embora embrionária, as medidas de segurança.⁹

No panorama do séc XVIII, embora o Direito Canônico afirmasse, que os doentes mentais eram incapazes de delinquir, era tético o quadro, segundo

Álvaro Mayrink, pois se não eram mortos eram encarcerados nas piores condições físicas e sociais, nos asilos de loucos. *O Ospizio di San Michele*, fundado pelo Papa Clemente XI, no ano de 1703, e o reformatório de Elmira, pelo *New York Act* (1877), como pioneiro, foram exceção.

É de lembrar-se que os manicômios tiveram sua origem na Inglaterra por volta de 1800, após o Rei Jorge III ter sido vítima de um atentado praticado por um doente mental, o qual foi internado por “garantia pública”, por tempo indeterminado (*Criminal Lunatics Act*, de 1800).

Já em 1893, com Carlos Stoos e Von Liszt, surgem as medidas de segurança, como estratégia para suprir a ausência de responsabilidade penal por inexistência de culpabilidade pessoal. É com Stoos que surge o critério vicariante adotado no código suíço de 1937.¹⁰

No critério vicariante o legislador entendeu facultar ao impositor da norma, ao julgador, aplicar face às circunstâncias do caso concreto, ou pena, ou medida de segurança, não admitindo a imposição de ambas.

Contrapondo-se ao critério vicariante, encontramos o duplo binário, que encerra a imposição, pelo magistrado, de pena e juntamente com esta, de medida de segurança, esta última, geralmente, por prazo indeterminado.

Nessa evolução, o critério do duplo binário cede lugar, freqüentemente, nas legislações mundiais, ao critério vicariante, impedindo-se assim, que cumprida uma pena privativa de liberdade, por tempo determinado, possa essa pena tornar-se perpétua, face à medida de segurança imposta por prazo indeterminado, juntamente com a pena.

No Brasil, as Ordenações Filipinas rezava que não se poderia imputar fato ilícito aquele que não poderia obrar com dolo ou culpa, visto ser louco, insensato ou doente.

A evolução histórica brasileira é enfocada mais à frente, após uma análise às legislações alienígenas.

Na Itália, com o Código Zanardelli, promulgado em 1889, as medidas de segurança, embora sem perfeita sistematização, pela primeira vez, incorporam-se à estrutura de um código penal.¹¹ Grispigni afirma e atribui ao italiano Luigi Lucchini, a introdução dessas medidas no código italiano de 1889.¹²

Segundo Moacyr Benedicto, a obra do suíço Stoos, foi recebida com entusiasmo em toda parte, pelos juristas e cientistas, que viram nela um meio de modernizar o Direito Penal, sem afrontar velhas e arraigadas concepções, produzindo logo seus efeitos.

A Alemanha e a Áustria, antes que outros países, cuidaram de introduzir em seus projetos as inovações propostas pelo estudo da lei penal suíça, no que foram seguidos por diversas legislações européias.

Foi todavia, com o CP italiano, de 1930, que o capítulo das medidas de segurança encontrou, no Direito Positivo, plena consolidação, coroando o amplo debate doutrinário que se seguiu à publicação do trabalho de Stoos.

O Código de Rocco (1930), inspirador de inúmeros estatutos repressivos ora em vigor, inclusive o brasileiro de 1940, constitui sem dúvida, a fase decisiva na evolução do instituto, embora, atualmente, seja passível de críticas, pela maneira que regulou sua aplicação.¹³ Tinha o objetivo na necessidade da conservação do Estado.

Hoje em dia, praticamente a totalidade das legislações abrem espaço para o instituto das medidas de segurança, inclusive países onde ainda vigoram velhos códigos, até do século passado, com os da Bolívia (1834) e a do Chile (1874), quer por adequação jurisprudencial, ou pelo aparecimento de leis esparsas com providências de caráter preventivo. Quanto à legislação chilena,

as medidas de segurança encontram-se no art. 10 e seguintes daquele código.

Na Alemanha, as medidas de segurança surgem no anteprojeto de Código Penal, de 1909, objetivando proteger a sociedade e ao mesmo tempo o infrator.

Em que pese a existência posterior de projetos nos quais aparecem as "Medidas de Correção e Segurança", projetos que não vingaram, é promulgada em 1933 uma lei contra os delinquentes habituais e perigosos e sobre medidas de correção e segurança, nas quais incluía-se a castração, que foi abolida pela lei de 30.1.1946, como um sistema protetor do povo frente à delinquência perigosa, de acordo com Álvaro Mayrink.¹⁴

O enfoque dado à essas medidas era de prevenir um "perigo futuro".

Mas, o critério do legislador alemão, em prognose, prevenir um perigo futuro, não dispensava o requisito da ocorrência de um fato reprovável penalmente, pois as medidas só eram admitidas pós-delitos.

Como se sabe, o Código Penal alemão é centenário, pois começou a vigorar em 15.5.1871. A Alemanha mudou e a necessidade de adequação legislativa penal é sentida e refletida em inúmeras "adaptações", em diversos dispositivos que foram sendo convenientemente encaixados no velho código.

Segundo Lauro de Almeida¹⁵ aquele código (1871) foi sendo alterado aqui e ali, atendendo exigências e aproveitando pesquisas doutrinárias e a experiência.

Se um caso, que não era novo passou a ser visto e vivido sob um aspecto novo e o dispositivo penal correspondente envelheceu, faz-se uma lei alterando o dispositivo envelhecido, dando-lhe redação condizente com a nova situação. Quanto às medidas de segurança, o código de 1871 não as previa, e dentro da sistemática de sensibilidade do legislador, foi detectada a carência desse instituto na legislação penal, quer para

ser aplicada isoladamente, quer acompanhada da pena o que levou o legislador a "adaptar" esse instituto por meio de lei, ao velho código de 1871.

Nessa oportunidade é que aparecem os art. 42-A, 42-B, 42-C, etc, chegando hoje até o 42-P, face à reforma introduzida naquele *codex*.

O expediente utilizado pelo legislador germânico como técnica redacional, partindo de um artigo definido numericamente e desdobrado pela designação de letra, é dos mais aconselháveis, como também ocorre na legislação italiana quando o criador da norma adiciona ao numeral a expressão *bis*, evitando-se assim, as indesejáveis renumerações dos códigos, como por pouco não ocorreu na legislação penal codificada brasileira.

O velho código de 1871, devidamente modificado e adaptado aos tempos, permaneceu vigente até o advento da grande reforma penal alemã ocorrida em 1969 e que vigorou a partir de 1.4.1970, salientando que a Parte Geral modificada teve vigência temporária até outubro de 1973, quando a nova reforma da Parte Geral entrou em vigor, permanecendo até nossos dias.

As medidas de segurança, ainda denominadas de correção e segurança, com a reforma de 1969, ficaram previstas no art. 61 e ss. indicando as seguintes modalidades: I — internamento em hospital psiquiátrico; II — internamento num sanatório para toxicômanos; III — internamento num estabelecimento social terapêutico; IV — internamento para custódia de segurança V — fiscalização da conduta; VI — privação da licença para dirigir; VII — proibição do exercício profissional.

Na Alemanha o princípio adotado é o do critério do duplo binário, compondo pena e medida de segurança ou vice-versa.

Apenas para registro, segundo Álvaro Maryrink,¹⁶ a lei de 10.6.1932 é que regula as medidas de segurança, embora

desde 1885, por lei, os vagabundos e mendigos fossem internados.

Já na Bélgica, em 1930, é aprovada a lei de Defesa Social, que objetivou a readaptação e educação social dos infratores em estado perigoso, mas desde 1891, os mendigos eram internados em depósitos.

Segundo Torp, na Dinamarca, o CP de 1923 admitia a substituição da pena privativa de liberdade por medidas de segurança para determinados infratores, dividindo-os em categorias, normais em aparência, mas insensíveis à influência da pena a julgar por sua conduta.¹⁷ O CP dinamarquês vigente entrou em vigor em 1933, admitindo as casas de trabalho e custódia.

Alguns países conquistadores de terras distantes, tiveram na população delinqüente o meio de, povoar as terras que dominavam no exterior. A França é um deles, que em lei promulgada em 1885 objetivando eliminar o reincidente perigoso, remete-o ao território colonial, perpétua e irrevogavelmente.

A primeira lei francesa sobre medida de segurança data de 1934, e estabelecia uma classificação para tais medidas, em privativas de liberdade restritiva de liberdade e de ordem patrimonial, que compreendiam internamento em sanatório, a colocação em depósitos de mendigos ou internação em estabelecimento de trabalho na França ou em suas possessões.¹⁸

Na Inglaterra o *Prevent of Crime Act*, de 1908, distingue a internação para tratamento educativo-correcional e a *Preventive Detention*, aplicável após a execução da pena, destinada aos reincidentes mais perigosos. Mas, a distinção legal entre essas duas modalidades de medidas de segurança só ocorre em 1948, com o *Criminal Justice Act*, com os enfermos mentais internados em manicômio criminal. Havia também, um período de prova, com vigilância através

do *Probation Officer*. O critério adotado na Inglaterra é o do duplo binário.

Em Portugal, o legislador realizou um trabalho de redação de um novo CP em 1982, pois o que vigorava até então, era datado do séc. XIX. O novo texto repressivo, foi concebido segundo a moderna doutrina alemã, sendo mais finalista.

A lei portuguesa é muito prolixa, utilizando palavras desnecessárias para definir o que com as penas uma seria suficiente. O critério adotado pelo novo Código Penal é o vicariante, ou seja, impede a aplicação conjunta de pena e medida de segurança. Existe um capítulo todo dedicado às medidas de segurança, que estabelece internamento aos inimputáveis, em estabelecimentos para cura, tratamento e segurança, diversamente do Brasil, onde a internação presta-se apenas ao tratamento.

O término do prazo para a medida de segurança, em Portugal, depende da cessação da periculosidade, uma vez que o período imposto é por prazo indeterminado quanto ao máximo previsto, estabelecendo tão-somente o mínimo. Apenas para registro, há na lei portuguesa a libertação a título de ensaio e a libertação experimental, fazendo paralelo com algumas modalidades brasileiras.¹⁹

No Brasil, o CCrim. do Império prescrevia que os loucos, ou deveriam ser entregues às suas famílias, ou internados nas casas destinadas para tal. Também o CP de 1890, seguindo as diretrizes do de 1830, também previa a entrega daqueles doentes a seus familiares ou à internação em hospitais.

Já no Código de 1940, segundo Hungria, a responsabilidade não existe se falta capacidade de entendimento e adequada determinação de auto-governo, adotando-se o critério misto ou bio-psíquico, exceto quanto aos menores de 18 anos, cujo critério é exclusivamente biológico.

Ainda ali, aparece a figura do doente mental, e daquele portador de desenvol-

vimento mental incompleto ou retardado.

A reforma penal de 1984, pelos arts. 96 e ss. do Código pátrio, não admite mais medida de segurança para o imputável, reservando a este, exclusivamente a pena.

Quanto às modalidades das medidas antes vigentes, o legislador as restringiu a duas, a detentiva, com internação em hospital de custódia de tratamento psíquico e a não detentiva, com submissão a tratamento ambulatorial.

Assim, a Reforma Penal de 1984 consagrou o critério vicariante, impedindo a aplicação conjunta de pena e medida de segurança, o que inspirou Heleno Cláudio Fragoso a sentenciar que o sistema do duplo binário corresponde a um ciclo histórico do Direito Penal, que parece definitivamente encerrado.²⁰

Enfim, as medidas de segurança, adequadamente utilizadas, representam uma das formas de prevenção ao crime, realizada de maneira eficaz, revelando uma inequívoca justiça, para o homem e para a própria sociedade, na qual ele está inserido.

NOTAS

1. Giuseppe Bettiol — "O mito da Reeducação", "in" *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Ano II (Nova Fase), n. 6, 1964, p.5.

2. Moacyr Benedicto de Souza — *O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança*, José Bushatsky, Editor, 1979, p. 18.

3. Noé Azevedo — "O Fundo de Vingança na Penologia Moderna", RT, 1944, 152/432-433.

4. Léon Rabinowicz — *Mesures de Sûreté*, Paris, 1929, pp. 8 e 14.

5. Álvaro Mayrink da Costa — *Direito Penal-Doutrina e Jurisprudência*, Forense, v. 1, 1988, p.1.141.

6. Moacyr Benedicto de Souza — obra citada, p. 22.

7. Demosthenes Madureira de Pinho — *Medidas de Segurança*, Tese, RJ, 1938. p. 23.

8. Léon Rabinowicz — obra citada, p. 42
9. J. Aureliano Correa de Araújo — *Das penas e das Medidas de Segurança no Vigente Código Penal do Brasil*, Recife, 1944, p. 197.
10. Álvaro Mayrink — obra citada, p. 1.141.
11. Moacyr Benedicto de Souza — obra citada, p. 24.
12. Filippo Grisigni — “Le Problème de L’unification de lá Peine et des Mesures de Sûreté”, em *La Scuola Positiva*, 1953, p. 568.
13. Moacyr Benedicto de Souza, ob. cit., p. 26.
14. Álvaro Mayrink, ob. cit.
15. Lauro de Almeida, *Código Penal Alemão*, trad. Direito Comparado Editora da USP, 1974, p. 7.
16. Álvaro Mayrink. ob. cit., p. 1143.
17. Lauro de Almeida, ob. cit., p. 1258.
18. Álvaro Mayrink, ob. cit.
19. M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 3.a ed. Ed. Almedina-Coimbra, 1986.
20. Heleno Cláudio Fragoso — “Sistema do Duplo Binário”, in *RDP e Criminologia*, 5/21.

DOCTRINA NACIONAL

A CONEXÃO PENAL

MARCELO FORTES BARBOSA

1. O que é conexão? — 2. A tentativa e a conexão — 3. O nexó — 4. Espécies de conexão — 5. A conexão objetiva — 6. A conexão subjetiva — 7. A jurisprudência e os crimes conexos — 8. Falso e estelionato — 9. "Lex consumens derogat legi consumptae" — 10. Bibliografia.

Tratar do problema da conexão substancial em nosso Direito, ou mesmo perante a Doutrina Penal, é tarefa árdua porque realizada em terreno estéril e árido dada a escassez de estudos relativos à matéria.

O fenômeno aliás não é peculiar à doutrina brasileira pois mesmo na Itália, profícua em estudos penais, além de raras monografias, os tratadistas praticamente ignoram qualquer sistematização da matéria, não lhe dedicando a importância que merece, confundindo-a até com a chamada *connessioni di procedimenti*, que evidentemente dela se diferencia com nitidez.

Aliás, Antonio Pagliaro, monografista do assunto, verbera tal procedimento, dizendo: "Invece, nei trattati e nei manuali di diritto penale, il problema della connessioni di reati è imperiato di regola sulla circostanza aggravanti di cui all'art. 61 n. 2. Non si parla quasi affatto di connessione necessaria, si accenna qualche volta alla connessione occasionale, spesso non si distingue la connessione sostanziale da quella processuale; in definitiva la trattazione è ridotta delle due forme di connessione teleologica e consequenziale" (op. cit., p. 6).

No Brasil, por sua vez, os nossos eminentes penalistas, alguns de renome e gabarito internacional, limitam-se a

tratar quase que exclusivamente da conexão teleológica e consequencial, assim mesmo ao examinar as agravantes genéricas, das quais elas fazem parte ou as qualificadoras do homicídio onde também se encontram.

Aliás, sobre a conexão ocasional, só quem a menciona expressamente é Euclides Custódio da Silveira (op. cit., pp. 80-81), que, apoiando-se em Bettiol, procura esboçar uma classificação da matéria com as respectivas conceituações.

De resto, apenas Damásio Evangelista de Jesus (op. cit., pp. 221-223), preocupa-se em estabelecer pressupostos da sistematização da matéria, ao classificá-la, diferenciando-a da conexão processual.

Sobre a conexão necessária, ou sobre a posição do crime continuado na conexão de crimes sob o aspecto penal há porém silêncio absoluto.

Aliás, o desprezo existente na consideração da conexão substancial em nossa ciência penal, apesar dos crimes conexos serem expressamente referidos no Código Penal em mais de um artigo, deve-se, em grande parte, à confusão que se faz entre conflito aparente de normas, e em especial, entre os princípios da especialidade e da absorção e conexão de crimes.

De outro lado, a tendência já antiga dos nossos Tribunais de mitigar as penas

dos réus, levou-os ao abandono quase que completo do instituto, que a rigor, só encontra aplicação prática nos casos de homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, V do CP), assim mesmo pela natureza da qualificadora, que adicionada ao tipo objetivo do art. 121, *caput*, forma com ele um autêntico tipo qualificado.

1. O que é conexão?

O *Novo Dicionário Brasileiro*, Melhoramentos, ilustrado, v. I., p. 820, ensina que: Conexão “é ligação de uma coisa com outra”, “dependência, nexo, relação”.

Carnelutti, por sua vez, adverte sobre a conexão na teoria geral do crime, dizendo: “La connessione, uno tra i tanti concetti non giuridici i quali dal giurista debbono essere assunti non secondo il loro valore empirico, ma secondo um valore razionalmente stabilito, occupa um posto intermedio tral’unità e la diversità: più cose o più fatti sono connessi quando hano non tutti ma alcuni elementi in comune”(op. cit., I/131).

Pagliaro define a conexão de crimes, por outro lado, como: “quell’instituto giuridico per il quale è assunta come giuridicamente rilivante ha comunanza di qualche elementi a più reati” (op. cit., p. 23).

Em suma, daí se pode concluir com Aldo Moro, que a conexão de crimes é uma fase intermediária entre a unidade do crime e a pluralidade de crimes.

É o elemento de ligação, é o elo que faz com que coisas naturalmente diversas sintam-se ligadas por um liame artificial.

Concluimos, então, que dois são os elementos indispensáveis à conexão de crimes: a pluralidade de crimes e o nexo existente entre ambos, podendo-se dizer, a final, que crimes conexos são aqueles que se apresentam ligados por um liame ou nexos objetivo ou subjetivo.

Como dever-se-ia caracterizar a pluralidade de crimes?

Na Itália, divergem os monografistas do assunto sobre se a existência de uma ação única caracterizaria, por si só, a existência de um crime, ou se para existir um delito seria necessário além da ação como conduta punível a existência de outros elementos que adicionados à conduta, tais como a vontade e a norma, caracterizariam a existência unitária do crime.

Pagliaro chega a dizer que sinteticamente devemos considerar *tanti reati quanti azioni*.

Na verdade, temos para nós, que a simples conduta punível, por si só, em nosso Direito, que através dos arts. 13, 15 e 17, demonstra admitir claramente a teoria da ação causal naturalística, não nos leva a admitir unidade de crimes com a simples realização da ação no mundo fático.

O crime neste sentido teria de ser considerado na sua caracterização formal como fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, como fato violador do direito plenamente realizado e completo, já que é sabido de todos que a vontade na ação, quando esta é encarada no sentido naturalístico, é a vontade desprovida de conteúdo intencional considerada como simples voluntariedade e que como tal não tornaria a ação elemento caracterizador e completo do crime, já que não reproduziria o delito como um fato em toda sua plenitude.

Ora, visto que pluralidade significa a existência de mais de um, evidenciado está que, falar-se em pluralidade de crimes, é falar-se em relação completa de mais de um delito em todos os seus elementos componentes.

2. A tentativa e a conexão

Dir-se-ia, então, que diante de tais considerações, não se poderia falar em

conexão de delitos tentados, mas a verdade é que por ser tentativa uma forma de adequação típica mediata por extensão temporal, nada impede que o elemento caracterizador da conexidade, consubstanciado na pluralidade de crimes, se realize através de delitos tentados ou de delitos consumados ligados a delitos tentados.

De outro lado, é de se verificar ainda que na sistemática do Código vigente o pressuposto básico do concurso formal de delitos é justamente a pluralidade de crimes e a unidade de ação, o que serve para demonstrar a invalidez das considerações de Pagliaro.

Caracterizada a pluralidade de crimes como primeiro pressuposto da conexão substancial passemos ao exame do segundo dos pressupostos.

3. O nexos

Trata-se evidentemente do nexos.

É o nexos apenas subjetivo?

Se considerarmos a conexão de crimes como basicamente a conexão substancial teleológica e consequencial, não poderemos deixar de afirmar a subjetividade do liame entre os crimes conexos.

Evidente que o crime praticado para assegurar a execução ou a impunidade de outro delito deve estar ligado a este outro por um nexos de ordem subjetiva, que mesmo que não se possa transformar em unidade de resolução, deve ser considerado como entidade diversa de um simples concurso material.

Acresce notar, entretanto, que outras formas existem de conexão, onde o nexos se realiza de forma meramente objetiva.

Como exemplo típico dessas espécies podemos acrescentar a conexão ocasional, a qual se realiza num plano simplesmente objetivo ou, ainda, a conexão que Magalhães Noronha chama de formal, existente entre os delitos de favorecimento pessoal, favorecimento

real e receptação, crimes acessórios por excelência e aqueles delitos que os antecedem, a qual, em nosso entender, dever-se-ia denominar conexão necessária, pois evidentemente é impossível a configuração dos delitos supramencionados sem a existência fática dos delitos a que estão ligados por acessoriedade.

Note-se, afinal, que embora possa ser discutível, a verdade é que, como ensinam Mezger e Eduardo Corrêa, adeptos da teoria objetiva em matéria de crime continuado, a conexão existente entre os delitos que a compõem é meramente objetiva, fato constatado diante da legislação penal brasileira, que excluiu dos elementos necessários à configuração da conexão continuativa, a unidade de desígnio ou de resolução.

Verifica-se portanto que o nexos entre os crimes conexos não é necessariamente um nexos subjetivo, podendo permanecer sem afetar a conexão num plano simplesmente objetivo.

É verdade que se em matéria de crime continuado adotarmos a tese do Prof. Basileu Garcia, no sentido de ser necessária para a configuração do mesmo a existência da unidade de resolução, tese esta exposta em excelente trabalho publicado na revista *Justitia*, v. II, e que é a tese vigente na maioria dos Códigos latino-americanos e no estatuto penal italiano e no Código Penal Tipo para a América, teríamos que considerar, desde que admitíssemos como válido que o crime continuado é uma ficção jurídica, o nexos ligando os crimes como sendo subjetivo, mas tais conclusões não poderiam excluir a presença de nexos objetivos nas conexões ocasional e necessária.

Assim, é indiscutível que esse segundo elemento da conexão de crimes pode realizar-se quer no plano objetivo quer no plano subjetivo, não deixando de ser, no entanto, condição indispensável para a realização da conexão substancial.

4. Espécies de conexão

Quais as espécies de conexão existentes?

Diante das considerações expostas e com base na diversidade de nexos que pela sua natureza podem assumir formas objetivas ou subjetivas e considerando-se o nexo como elemento imprescindível e principal para a realização da conexão, poderíamos estabelecer uma classificação da conexão sob o aspecto substancial.

Desde logo devemos advertir que as classificações servem apenas de elemento de orientação para a sistematização da matéria e não podem ser consideradas de maneira definitiva, já que a ciência penal é rica em variações teórico-doutrinárias que estabelece mudanças conceituais a qualquer tempo.

Acrescente-se ainda que, por sermos adeptos da teoria objetiva adotada pelo CP vigente, incluímos na nossa classificação a conexão continuativa entre as espécies de conexão objetiva, tendo em vista que para a configuração do delito continuado bastam a ocorrência das condições de tempo, lugar e maneira de execução e outras semelhantes de crimes da mesma espécie.

Assim, podemos, com fundamento no nexo, dividir a conexão substancial em objetiva e subjetiva.

A conexão objetiva por sua vez se subdividiria em três espécies: a ocasional, a necessária ou acessório-formal e a continuativa.

A conexão subjetiva, por outro lado, se subdividiria nas formas tradicionais e conhecidas de conexão teleológica e consequencial.

5. A conexão objetiva

Estudando rapidamente em que consistem essas formas de conexão, poderíamos inicialmente definir a conexão ocasional como aquela que ocorre quando um crime é cometido na ocasião em

que se comete outro (subtração das jóias da mulher estuprada).

Tal forma de conexão não se inclui entre aquelas agravantes genéricas previstas no art. 44, II, *b*, reservada para a conexão teleológica e para a consequencial, realizando-se através de um concurso material, por se tratar de crimes concorrentes oriundos de desígnios autônomos.

Discordamos de Euclides Custódio da Silveira quando inclui a conexão ocasional entre os casos previstos no art. 51, § 1.º do CP anterior art. 71 *caput* do Código Atual no qual se prevê o concurso formal impróprio ou heterogêneo, pois, na verdade, o que ocorre no caso é um concurso material propriamente dito (art. 69, *caput*, do CP), eis que as ações no exemplo apresentado são distintas, já que subtrair jóias e estuprar uma mulher são crimes inteiramente autônomos, os quais por condições circunstanciais se apresentam ligados pela conexão.

A conexão necessária ou acessório-formal é aquela que se apresenta nos delitos antecedentes à receptação e ao favorecimento pessoal ou real e que se torna imperativa para a existência de tais crimes.

Na verdade tal tipo de conexão que é característico do instituto não é levado em conta por nossos autores que a ele não fazem referência.

As próprias definições típicas de ambos os delitos tornam impossível a ocorrência deles sem a existência de um delito antecedente, ainda que o primeiro, no caso de receptação, se apresente desprovido de prova da autoria, ou que tenha sido praticado por inimputável, já que havendo prova da materialidade, certeza da ocorrência da infração, o delito acessório se tipifica.

Assim, não é certo falar-se em conexão formal como se pretende Magalhães Noronha, pois a conexão no caso não se realiza de forma meramente instrumental ou probatória, no sentido proces-

sual, realizando-se, outrossim, como forma orgânica da própria estrutura de ambos os delitos acessórios.

Em virtude disso, julgamos muito mais razoável falar-se em conexão necessária, obrigatória, já que sem a ocorrência do nexa com o delito antecedente impossível falar-se na ocorrência do crime acessório.

As definições típicas previstas nos arts. 348, 349 e 180 do CP mencionam expressamente a ocorrência deste crime anterior e a expressão "crime" é circunstância elementar de ambos os delitos.

Tal fato, pressupõe evidentemente a necessidade para a configuração de ambas as figuras típicas da ocorrência de tal circunstância elementar.

Torna-se, portanto, impossível desconhecer-se a existência da conexão necessária dentro da sistemática da conexão substancial, merecendo a espécie figurar numa classificação da matéria.

A conexão continuativa desperta sérias divergências sobre a sua posição dentro da sistemática da conexão de crimes sob o aspecto substancial.

É sabido que três são as teorias que vigem na ciência penal moderna, no tocante à natureza do crime continuado as quais predominam sobre o assunto: a teoria da unidade real, a teoria da unidade jurídica e a teoria da *factio juris*, que hoje é a predominante não só na doutrina em geral como na pátria.

Para os adeptos da teoria da unidade real, preconizada por Bernardino Alimena, ou para os adeptos da teoria da unidade jurídica, defendida por Emanuele Protti evidentemente que a conexão continuativa não poderia existir já que ambas as teorias de uma forma ou de outra preconizam ser o crime continuado um crime único, o que excluiria de início o primeiro pressuposto da conexão de crimes que é justamente a pluralidade de delitos.

Reduzido o crime continuado a uma unidade material ou jurídica ficaria afastada a possibilidade de admitir-se a

pluralidade de crimes em continuação e conseqüentemente a existência de um nexa ligando tais crimes entre si.

Se pensarmos, porém, como Pilitú e com a maioria dos modernos teóricos a respeito do assunto, inclusive o saudoso, Manoel Pedro Pimentel em seu trabalho de importância decisiva na Doutrina Penal brasileira sobre o crime continuado e que lhe valeu a cátedra, considerando como válida a teoria da ficção jurídica ainda que limitada, evidentemente que teremos que admitir que o crime continuado, por conter em seu interior inúmeros ou alguns tipos de delitos da mesma espécie ligados entre si por uma ficção jurídica, cujo objetivo, como diz Manoel Pedro, é temperar o excesso decorrente da aplicação do princípio rígido da acumulação material de crimes (op. cit., p. 90), teremos que concluir pela existência de uma conexão continuativa consistente na obediência das condições impostas pelo CP em seu art. 71 *caput*, e que se realiza através das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes de crimes da mesma espécie.

Dir-se-ia que a ficção jurídica excluiria o primeiro pressuposto da conexão de crimes, que é a pluralidade dos delitos, já que reduz o crime continuado a um crime único.

Tal assertiva, no entanto, só é válida se entendermos que para a ocorrência da conexão de crimes fosse necessária a existência de situações jurídicas realizadas através de um só evento jurídico.

Na verdade, é preciso não se esquecer que o Código e a maioria dos nossos doutrinadores se inclinam não pela teoria normativa sobre a ação, mas sim pelas teorias finalística ou causal e que a primeira, evidentemente, prevê o resultado como modificação do mundo exterior conseqüente à ação, pelo que é indiscutível que no crime continuado realizam-se vários resultados modificativos do mundo exterior e jurídico.

Aliás, Mezger e Eduardo Henriques da Silva Corrêa, adeptos da teoria objetiva, fazem mais de uma vez menção em suas obras à necessidade de uma conexão fática objetivo-temporal para a ocorrência do crime continuado.

Dir-se-ia, ainda, que aqueles que entendem a necessidade da existência de um desígnio criminoso para caracterizar a continuação teriam, forçosamente, que ver no crime continuado um crime único com dolo unitário, o que excluiria a possibilidade da conexão material das diversas ações. Tais assertivas seriam verdadeiras se a palavra “desígnio”, do art. 81, do CP italiano tivesse o significado que nossos doutrinadores costumam atribuir.

Mas, na verdade, como assinala Manoel Pedro, não podemos entender a unidade de desígnio senão como um corolário da homogeneidade dos elementos exteriores que, em última análise, se confundem com o próprio reconhecimento da continuação delituosa.

Em suma, desde que adotemos a teoria da ficção jurídica como aquela provida de maior validade, não podemos deixar de admitir a conexão continuativa como uma das formas de conexão substancial que deve ser, face ao nosso direito, naturalmente objetiva, tendo em vista que as condições fixadas pelo Código, no art. 71, são todas elas de natureza objetiva.

6. A conexão subjetiva

Devemos chamar de conexão subjetiva aquela que se realiza tradicionalmente através das formas conhecidas e previstas no CP, no art. 61, II, *b*, como agravante genérica, ou no art. 121, § 2.º, V, do mesmo estatuto, como qualificadora do homicídio.

Por que falar-se em conexão subjetiva quando tais formas denominam-se conexão teleológica e consequencial?

É evidente que na conexão teleológica é facilmente verificável o motivo de tal denominação, já que a mesma consiste na prática de um crime para executar, facilitar ou assegurar a execução de um outro, verificando-se na sua estrutura uma relação de meio a fim.

Ora, para afixação de tal tipo de conexão é necessário a averiguação do escopo pré-fixado pelo agente, sendo desnecessário até a averiguação da execução do crime-fim, desde que se consiga apurar, em sentido psicológico, a conexão, delitiva segundo o propósito do agente e não em sentido realístico ou materialístico (op. cit. pp. 390-1).

No tocante à conexão teleológica, conseqüentemente, não se exige que o crime-fim tenha sido consumado ou ao menos tentado, isto é, que tenha sido iniciada a sua execução.

Se o motivo determinante do homicídio, ou de outro crime, é assegurar a prática de um segundo crime, tanto basta para que subsista a conexão teleológica notando-se que se o crime-fim se apresentar tentado ou consumado ter-se-á um concurso material entre este crime e o outro.

É por esta razão que a extinção da punibilidade do crime-fim não impede quanto ao outro a agravação da pena resultante da conexão, como expressamente dispõe o art. 108 do CP.

Tais considerações são válidas para a conexão consequencial, a qual ocorre quando dois crimes estão entre si ligados numa relação lógica de causa e efeito, como p. ex. o homicídio cometido posteriormente a um crime de roubo para assegurar-se a impunidade deste último crime.

Se o crime-fim na conexão teleológica é putativo ou impossível, evidente que não poderá ocorrer a conexão, dada a inexistência do requisito da pluralidade de crimes, já que é sabido que o crime impossível, apesar de alguns autores

como Magalhães Noronha preconizarem tratar-se de caso de extinção de punibilidade, e o crime putativo, são casos previstos na doutrina como de ausência de tipicidade.

Inexistindo tipicidade para um dos fatos ligados em conexão material, impossível falar-se em conexão de crimes.

Em virtude de seus característicos subjetivos, a conexão teleológica bem como a consequencial são incomunicáveis aos co-partícipes e co-autores desde que estes as ignorem ou não tenha agido por igual motivo próprio.

Exemplo sempre citado, em tema de conexão teleológica e consequencial, é o latrocínio, que assim é tratado pelo CP italiano no art. 563.

É evidente que, em face do nosso Código, o latrocínio é crime complexo agravado pelo resultado estabelecido no art. 157, § 3.o, parte final do CP, mas que não deixa de ter característica de crime conexo.

Se observarmos com atenção verificaremos que, quando o agente mata para roubar, a situação, a nível de concreção, poderia vincular-se na primeira parte do art. 121, § 2.o, inc. V do CP, pois o agente pratica o crime-meio (homicídio) para garantir a execução do crime-fim (roubo), o que caracteriza, evidentemente, um exemplo de conexão teleológica, ainda que alguns considerem no caso que um segundo crime, o decorrente de subtração patrimonial se descaracteriza para furto, de vez que a violência restou contida na figura típica do homicídio.

No caso de roubo impróprio, do art. 157, § 1.o do CP c/c § 3.o, do mesmo artigo temos um exemplo de conexão consequencial, porque o homicídio é praticado para assegurar a impunidade do crime de roubo ou a detenção da coisa para si ou para terceiro, e isto é, evidentemente, um exemplo típico de conexão consequencial inserida na figura típica do roubo impróprio supra-referido.

Melhor seria que o legislador tivesse optado pela solução do Código Italiano, qualificando o latrocínio como forma agravada de homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial, o que seria mais autêntico em termos da afirmação do elemento subjetivo dolo consubstanciado no caso pelo *animus necandi* e pelo *animus furandi* presentes, em conjunto, no delito referido.

A solução atenderia mais os reclamos de justiça porque casos existem, na atual sistemática, de autênticos “latrocínios culposos”, em que o resultado mais grave decorre de culpa do agente e a figura do art. 157, § 3.o, parte final c/ c o art. 19, do CP admite a punição pelo latrocínio na hipótese clássica elaborada por Bento de Faria do agente que ao subtrair os bens da vítima de “arma em punho” acarreta um colapso cardíaco na mesma e a sua morte imediata.

Se a temática fosse outra haveria, certamente, um roubo agravado pelo emprego de arma, em concurso formal com o homicídio culposo, que representaria, a rigor, um melhor retrato dos fatos.

7. A jurisprudência e os crimes conexos

Em nosso Direito e em nossos Tribunais manifestou-se sempre um desprezo pela conexão de crimes de caráter substancial bastante acentuado.

O fato de ser a conexão substancial qualificadora ou agravante, tornou-a certamente antipática à tendência vigente em nossos Tribunais de mitigar as penas, não obstante estar a conexão de crimes prevista no Código vigente através do art. 61, II, *b*, como agravante genérica e, através do art. 121, § 2.o, V, como qualificadora do homicídio, além de serem os crimes conexos expressamente referidos nos arts. 108 e 117, § 1.o do CP.

Na verdade existe grande confusão entre conflito aparente de normas, atra-

vés dos conhecidos princípios da especialidade e da absorção e conexão de crimes.

8. Falso e estelionato

Tal confusão manifesta-se com maior intensidade na questão referente ao concurso de falsidade e de estelionato, onde a jurisprudência prevalente, hoje, inclina-se no sentido de admitir a absorção da falsidade pelo estelionato, por ser o delito de *falsum* crime-meio para a consecução de um fim (Súmula 17 do STJ).

Não se trata, porém, da conhecida tese de Garraud de que o crime-fim deveria absorver o crime-meio, aplicando-se, em consequência, o princípio da especialidade num “como que” crime progressivo, mas sim de absorção ligada à ausência de potencialidade ofensiva do *falsum* para nova violação penal.

Se considerarmos de início que os pressupostos da concorrência de normas, isto para todos os autores que dela tratam, são: 1.º a unidade do fato; 2.º pluralidade de normas identificando o mesmo fato como delituoso, veremos que não há que confundir-se a concorrência aparente de normas, com a conexão substancial de crimes já que os pressupostos desta última são, justamente, a pluralidade de crimes e o nexo causal objetivo-subjetivo que liga estes crimes.

Ora, é indiscutível que na prática conjunta de falsidade e estelionato não se pode falar em unidade de fato ou pluralidade de normas incidindo sobre o mesmo fato.

Tratam-se de entidades delituosas diferentes, onde as objetividades jurídicas são diversas já que num delito, o estelionato, o patrimônio é o fim visado pelo agente, o patrimônio alheio, ao passo que noutro, o delito de falsidade, a fé pública é o bem jurídico penalmente tutelado.

Como falar-se em absorção se não se trata de um só fato, mas sim de um concurso material de crimes agravado pela conexão teleológica expressamente prevista pelo art. 61, II, *b* do CP?

O princípio da absorção tem aplicação quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como, quando constitui conduta anterior ou posterior do agente cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime.

Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela forma à este relativa.

9. “Lex consumens derogat legi consumptae”

A não ser que desejemos reduzir o Direito Penal ao casuísmo, não podemos compreender como pode se falar em fim único na prática conjunta de falsidade e estelionato pelo agente, se estamos diante de objetividades jurídicas visadas, inteiramente diversas.

Acrescente-se ainda que, a não ser que queiramos admitir como válido aquele *dolus generalis* de que falava Impalomeni, jamais poderemos concluir que o agente, ao praticar a falsidade, fosse praticar um tipo concreto de crime determinado posterior a ela.

Ambos os delitos têm elementos subjetivos inteiramente diversos e situam-se em órbitas delitivas inteiramente desiguais.

Além disso, a falsidade jamais pode ser considerada como meio necessário ou normal fase de preparação para a prática do estelionato, que pode ser consumado por meio dos mais diversos.

O art. 347 do CP de 1969, solucionava o problema, eis que expressamente afirmava que “se o crime contra a fé pública for o único meio empregado na

prática de outro crime, o agente responderá tão-somente pela falsidade, mas com a pena aumentada de um a dois terços". Mas o Dec.-lei 1.004/69 jamais entrou em vigor.

É óbvio que tal dispositivo referia-se ao único meio empregado na prática de novo crime em tese, querendo assinalar este único meio como forma definitiva de consumação deste outro crime e como forma isolada.

No que se refere ao cheque sem fundos, o problema se encontrava resolvido sem a aplicação de tal dispositivo, já que o CP de 1969, no art. 335, levava este delito para o terreno dos crimes contra a fé pública, não havendo mais que falar-se em estelionato, mas no tocante ao estelionato em si, praticado como crime-fim decorrente do crime-meio de falsidade, é indiscutível que a lei, por não ser a falsidade o único meio para a prática do estelionato, deixara de acolher a hipótese, levando o problema para o concurso material de crimes, no caso agravado pela conexão teleológica que torna a ser prevista expressamente pelo Código de 1969 (art. 56, II, b).

Todavia, tais reminiscências só servem de ilustração para a reforma penal que ora se processa na Parte Especial, porque nunca vigoraram em nosso país.

10. Bibliografia

BETTIOL, G. *Diritto Penale — Parte Generale*, Palermo, G. Priulla Editore.

CARNELUTTI, F. *Lezione Sul Processo Penale*, v. I, Roma, 1948.

CORRÊA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em Direito Criminal — I Unidade e Pluralidade de Infrações*, Coimbra, Livraria Almedina.

GARCIA, Basileu. "Crime Continuado", *Revista Justitia*, v. II, ano II, fasc. II, São Paulo, 1941.

JESUS, Damásio Evangelista de *Curso de Direito Penal*, v. II, Ed. Jalovi.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*, v. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

MORO, Aldo. *Unità e Pluralità di Reati*, Padova, Cedam, 1954.

NORONHA, Edgar de Magalhães. *Direito Penal*, v. I, Ed. Saraiva.

PAGLIARO, Antonio. *Reati Connessi*, Palermo, G. Priulla Editore.

PILITÚ, Luigui. *Il Reato Continuato*, Padova, Cedam, 1936.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT.

PROTO, Emanuele. *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, G. Priulla Editore, 1951.

O RECONHECIMENTO ANTECIPADO DA PRESCRIÇÃO. O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO PENAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

Promotor de Justiça e professor de Direito Penal
e de Direito Processual Penal da UNESP

1. Introdução — 2. Fixação da controvérsia — 3. O interesse de agir como pressuposto para o oferecimento de denúncia — 4. O interesse de agir como condição da ação — 5. O interesse de agir e a ação penal — 6. O interesse de agir e a justa causa — 7. As regras determinantes do interesse de agir — 8. Da amoldação da hipótese às regras determinantes — 9. O princípio da obrigatoriedade e o controle jurisdicional do exercício do direito de ação — 10. O interesse de agir e o mérito — 11. A materialização da falta de interesse de agir — 12. Considerações acerca da fixação da pena como forma de viabilização do interesse de agir — 13. Conclusões.

1. Introdução

Recentemente, em foro desta Comarca de São Paulo, travou-se interessante e oportuno debate entre representantes do Ministério Público e do Poder Judiciário em torno de questão afeta ao reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva, ainda em sede de despacho de recebimento ou rejeição de denúncia, a partir de antevisão da pena privativa de liberdade que poderia ser concretizada na sentença.¹

O caso concreto referia-se a um acidente de trânsito do qual resultara lesão corporal às vítimas EAH e MAS por conduta imprudente de ACO, que foi denunciado por incurso nas sanções previstas pelo art. 129, § 6.º, duas vezes, c/c o art. 70, *caput*, ambos do CP. Entre a data do fato e do despacho que poderia receber a denúncia transcorreram-se mais de 2 (dois) anos, o que levou o magistrado *a quo* a rejeitar a denúncia ofertada reconhecendo antecipadamente a prescrição da pretensão punitiva tendo em

conta a pena que seria imposta no final da causa. Justificou a decisão aduzindo, dentre outros fundamentos, os de que:² “... prosseguir-se no feito, embora lamentando o fato e os ferimentos suportados pelas vítimas, seria inútil...” E ainda que: “... eventual condenação não surtiria qualquer efeito prático pois logo após seria declarada extinta a punibilidade do acusado...”

E concluí, firmando a rejeição no texto do art. 43, III do CPP, que: “... falece, em tais circunstâncias, ao Ministério Público, o interesse processual.”

Inconformado com o despacho de rejeição, interpôs o ilustre e culto Promotor de Justiça, Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, recurso em sentido estrito, fundado no art. 581, I do mesmo estatuto. Levantou inúmeros argumentos objetivando reforma do decisório. Dentre outros fundamentos trouxe o de que: “Ao revés do que afirma a respeitável decisão, a *ratio* para a rejeição da denúncia não há que ser buscada nem no art. 41, do CPP (a

proemial está em ordem), nem, tampouco, no art. 43, do mesmo estatuto (não há vício material). Em outras palavras: o douto magistrado rejeitou a denúncia por clara — embora não dita — razão de conveniência e oportunidade. Houve, pois, frontal ataque ao seu dever de velar pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal.”

Reclamou também acerca do reconhecimento da inexistência, no caso concreto, de interesse de agir, contrapondo à argumentação expendida pelo magistrado, em síntese, que:

“O interesse de agir não se confunde com o interesse substancial ou primário. Não são idênticos o interesse em lide e o interesse na composição da lide. Consiste este, em verdade, no Processo Penal, na idoneidade do pedido, consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia ou queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção quanto à prática da infração penal e sua autoria...”

“Tampouco, para sua caracterização, basta que o Estado demonstre, no ato de acusar, que da utilização da via jurisdicional depende a imposição de pena...”

“O Código de Processo Penal não o exigiu de modo expresso. Decorre, todavia, do sistema como um todo. Não se imagine, entretanto, que há unanimidade na doutrina quanto à sua caracterização no processo penal.”

Por ter ensejado a decisão do magistrado análise perfunctória do mérito da causa, objetou também quanto a esse procedimento, refletindo que:

“O Magistrado não examina o mérito como e quando quer, mas, tão apenas, como e quando lhe dita a lei...”

“O momento da análise das condições da ação não se presta para uma avaliação do mérito. Este é conferido no

âmbito do processo e não antes de sua constituição...”

“Ademais, sendo a imputação apenas uma atribuição hipotética, não há como confundi-la com a atribuição feita na sentença condenatória. Para a realização deste é imprescindível a existência daquela...”

Discordando também do sistema empregado pelo magistrado, sobre o controle judicial da peça de acusação, manifestou-se em termos seguintes: “O controle a que se submete a ação proposta pelo *Parquet*, quando de seu recebimento, não pode se transformar em verdadeira análise do mérito.”

Aproveitou a oportunidade o ilustre recorrente para deitar seu profundo saber jurídico discorrendo pormenorizadamente sobre os requisitos formais e materiais da denúncia e as formas de controle derivadas dos arts. 41 e 43 do CPP. Bem adiante, já no terço final das judiciosas ponderações recursais, discorreu sobre o interesse de agir, objetivando demonstrá-lo presente para validade de sua tese. Fê-lo, sinteticamente, em moldes tais:

“A análise do interesse legítimo não pode se transformar em genuína — clara ou disfarçada — apreciação do mérito”

“...”

“O recebimento da denúncia, segundo a nossa tradição jurídica, exige uma avaliação do *fumus boni juris*, ou seja, fumaça do bom direito, no sentido de que basta a plausibilidade da existência do direito invocado, a ser apreciada mediante a cognição superficial de seus pressupostos de fato e de direito...”

“... a análise do *fumus boni juris* não se pode transformar em verdadeiro julgamento do mérito da ação. Tal antecipação — se possível — derrotaria os princípios mais elementares do processo penal, especialmente a garantia do contraditório, qualidade esta inexistente no inquérito policial.”

“...”

“O juiz, no despacho de recebimento, deve produzir um juízo de admissibi-

lidade e não um juízo de mérito (ainda que provisório)..."

Sobre a análise aprofundada do mérito, o que entendemos incorreu na hipótese, objetou ainda o preclaro recorrente em suas razões:

"São incontáveis os julgados que se opõem de modo veemente, qualquer avaliação aprofundada da denúncia que ultrapasse a simples verificação de seus requisitos formais e de suas condições (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir)"

"..."

"A lei... não permite ao juiz, a pretexto de verificação do rigor formal da peça inaugural ou do ato do preenchimento das condições da ação, imiscuir-se em prova que não produziu, que não passou pelo crivo do contraditório e que, por isso mesmo, é provisória e preliminar. "Para corroborar suas idéias fez citação de parecer de lavra do ex-Procurador Geral da Justiça, Dr. João Severino de Oliveira Peres, que por conter o fulcro da argumentação expendida pelo recorrente, ousamos reproduzir, restringindo ainda um pouco mais, a já sintética transcrição, para destacar:

"A rejeição da denúncia é disciplinada na lei processual e não pode comportar maior elastério sob pena de traduzir arbítrio incompatível com o nosso sistema jurídico... a rejeição da denúncia só encontra permissão legal quando seja clara a inexistência do delito, não haja um só indício quanto a autoria, ou paire antinomia entre o fato descrito e a lei penal que não o tipifica. Até mesmo o exame da justa causa, intimamente ligado à preservação do *status libertatis* do cidadão que a *persecutio* potencialmente põe em choque não se pode compadecer com o exame de profundidade dos elementos informativos e instrutores da denúncia... Daí porque o exame de mérito da causa não pode se antecipar sob a forma de preambular análise da

justa causa, nem esta pode ser negada sob o pretexto inverso..."

Finalmente, retorna ao tema da oportunidade e da conveniência avançando que: "Tampouco é lícito ao Juiz rejeitar a denúncia sob o fundamento de que seria pura perda de tempo..."

Sustentando a decisão impugnada, nos termos do art. 589 do Código de Processo Penal, contrapôs o magistrado, aos argumentos trazidos pelo recorrente, os seguintes:

Sobre a dita análise do mérito: "... Não houve qualquer análise de mérito, nem qualquer "absolvição sem processo"... Ao contrário de qualquer absolvição antecipada o despacho expressamente reconhece a existência de lesões e indícios de autoria, meio-caminho para uma decisão de procedência."

Sobre os motivos jurídicos determinantes da rejeição da denúncia: "A denúncia foi rejeitada com base no art. 43, I, III do CPP por faltar, a nosso ver, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir (não como disse o Promotor, por questões de "oportunidade e conveniência")... Pretende a acusação, ao apresentar a denúncia, ver o réu condenado criminalmente e vê-lo sofrer as consequências disso (pena); não se pode ver sentido maior em um processo que por qualquer motivo servirá apenas para o alto deleite dos participantes uma vez que, presumivelmente e dentro dessa análise qualificada feita pelos Juízes e próprios Promotores a punibilidade do acusado estará extinta sem que se possa dar início a qualquer execução de pena."

"Ainda que se admita, *ad argumentandum*, que o réu fosse condenado, as circunstâncias do acidente não são de molde a acarretar-lhe a pena máxima em relação a qualquer das vítimas; ainda que bastante exacerbada sua pena, se condenado, não chegaria a um ano de detenção e sua punibilidade, pela pena concretizada, estaria fatalmente extinta

sem acarretar-lhe qualquer das consequências de uma condenação criminal (pena, reincidência, etc.)”

Sobre o interesse de agir: “O interesse de agir pressupõe, além dos dois requisitos enumerados pelo recorrente, um terceiro não mencionado; é a utilidade do provimento jurisdicional. A utilidade se faz presente quando a decisão interferirá em algo que possa ter algum relevo para o autor; e tratando-se de ação penal pública incondicionada tal relevo há de ser visto pela ótica da sociedade e do Estado...”

Em superior instância, levado a julgamento, a E. 4.^a Câmara do TACrim. SP, por votação unânime, negou provimento ao recurso aduzindo, dentre outros, os seguintes fundamentos:

“As disposições dos arts. 41 e 43 do estatuto processual penal não limitam, sob exclusividade, o exame da peça introdutória da ação penal.”

“O universo jurídico presente à atividade do Juiz, no momento de verificação da admissibilidade da ação penal, leva o Juiz ao exame de todos os pressupostos processuais e condições de exercício da ação.”

“...
“Conquanto se admita que a utilização da via jurisdicional, no ato de acusar, não leva, inexoravelmente, à imposição de pena, cabe averbar-se que o exercício da ação sob indiscutível tom de falência quanto à aplicação concreta da reprimenda, revelar-se-ia atividade sem qualquer utilidade, eis que o provimento desembocaria na prescrição da pretensão estatal, ante à pena concretizada.”

“No exame do interesse de agir, não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional.”

“Se inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir.”

“A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca atingir um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata.”

“...”

“A vinculação entre o fato da vida e o mundo do direito, na esfera processual penal, é indicada, desde logo, pelo princípio da consubstanciação, que exige, no oferecimento da denúncia a apuração do fato e a autoria imputada, através de inquérito policial ou de documentos.”

“Mantida a interligação entre os fatos e o mundo jurídico, verifica-se, na temática debatida, que não se pode abstrair o resultado concreto de eventual condenação, no exame do interesse de agir.”

“Não há interesse de agir, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao reconhecimento da prescrição da ação penal.”

2. Fixação da controvérsia

A discussão que propomos desenvolver doravante centra-se em dois pontos principais: preliminarmente, o de verificação da correção do procedimento adotado pelo magistrado ao rejeitar a denúncia oferecida, relacionando-a com o estudo do interesse de agir por parte do Ministério Público em hipótese semelhante; o segundo, se confirmado aquele lançado inicialmente, relativo ao estudo dos limites de antecipação do raciocínio formulado pelo magistrado ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva pela pena a ser aplicada ao final do processo.

3. O interesse de agir como pressuposto para oferecimento de denúncia

Tratemos inicialmente da verificação do interesse de agir como pressuposto ao oferecimento de denúncia por representante do Ministério Público.

Preliminarmente, parece-nos exagero afirmar-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal cerceie o magistrado a efetivar controle jurisdicional da propositura da ação penal em limites estreitos dos arts. 41 e 43 do CPP. Mas

sobre esse tema específico retornaremos posteriormente.

Nos casos de rejeição de denúncia com fundamento no art. 41 do estatuto processual a questão apresenta-se sob as vestes de controle da regularidade formal da peça acusatória, e aqui o princípio básico não leva o juiz à obrigatoria rejeição da peça, antes, é dever do magistrado prover à regularidade do processo, nos termos do art. 251 da lei adjetiva.

Tal procedimento do magistrado não deixa ser exercício de corolário do princípio da economia processual, manifestando-se a regra decorrente do art. 251, em aplicação indireta do princípio do aproveitamento dos atos processuais. Onde couber reforma evita-se a inutilização completa dos atos praticados, emendando-se-os apenas quanto ao necessário.

Superada a fase do controle formal, estando a denúncia ou queixa em ordem, cumprirá, então, ao Juiz, antes de recebê-la, ver se estão presentes as condições genéricas da ação, bem como as específicas, se houverem.

Rejeitada a denúncia ou queixa, por falta de condição específica da ação, chamada *condição de procedibilidade*, nada obsta possa ela ser renovada, uma vez satisfeita a condição, tal como se constata pelo parágrafo único, última parte, do art. 43 do CPP.

Não há autor que negue a necessidade de controle jurisdicional sobre as condições da ação mesmo em se tratando de processo penal. Antes mesmo, o que se verifica modernamente é o estudo sistemático e integrado dos dispositivos do CPP e o do CPC, funcionando o último como plano piloto para desenvolvimento do primeiro, mas ambos vivendo em harmoniosa simbiose jurídica. Há hoje desenvolvida uma teoria geral do processo, cadeira obrigatória em todos os cursos jurídicos, cuja premissa é a correlação, até mesmo, de inspiração constitucional.

4. O interesse de agir como condição da ação

No plano da teoria geral do processo é assente e irretorquível a afirmação de serem três as condições fundamentais do direito de ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse legítimo (ou interesse de agir).

Cuidaremos, tão-só, da última das condições, justamente a que se procura fixar os limites no exame pelo Poder Judiciário em matéria penal.

Na esteira da definição apresentada por Frederico Marques,³ “existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto”.

Sentencia, finalizando que o “interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável”.

O magistério de Moacyr Amaral Santos⁴ preleciona ser o interesse de agir o de “reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário que de outra forma não seria protegido”.

Sobre o interesse de agir, manifestam-se Cintra, Grinover e Dinamarco⁵ que “essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*.”

Fixando-se no critério da *necessidade do uso dos meios jurisdicionais para a tutela de um direito*, retirada do ideário de Calamandrei, leciona Celso Agrícola Barbi,⁶ em termos pragmáticos, no sen-

tido de que “o tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção daqueles órgãos”.

Adiante, retornando às ponderações de Calamandrei, conclui pela validade do conceito de *necessidade* superando com argumento definitivo a impugnação da Invrea acerca do interesse de agir, sintetizando ao “dizer que há *causa legítima* quando houver *necessidade da sentença* é reconhecer que existe um *quid* além da violação do direito, e esse *quid*, a *necessidade*, é exatamente o característico do interesse”.⁷

Confirmando a tese, Humberto Theodoro Jr.⁸ traz em reforço a afirmação de que “localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*... Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica.”

O interesse de agir é ainda, nas assertivas de Greco,⁹ “uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial.”

De todos os argumentos, porém, o mais adequado aos limites cuja investigação iniciamos, provêm dos ensinamentos de Liebman¹⁰ que discorreu longamente sobre o assunto e, talvez, de

forma definitiva esculpindo que “o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado”.

Dele a fonte do tão citado interesse secundário e instrumental em que se consubstancia o interesse de agir em relação ao interesse substancial primário. Aquele “tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente”.¹¹

Prossegue ao dispor que “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei”.¹²

Apresenta em conclusão ser “o interesse de agir representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”.¹³

O interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido.¹⁴

5. O interesse de agir e a ação penal

No estudo do processo penal, de riqueza menos abundante entre nós pelo número de autores contemporâneos, nem por isso o tema passou despercebido. Todos eles, às suas peculiaridades, são unânimes ao relatar que as condições da ação, tal como postas pela doutrina processual-civilística, têm integral aplicação no espectro do direito processual penal, apenas acrescentando que, às condições gerais, devem ser somadas as condições especiais, notadamente as de procedibilidade.

Afirma Tourinho que, em princípio, as condições da ação de que trata o processo civil são extensivas ao processo penal, anotando-se o acréscimo referido.¹⁵

Concorda também Frederico Marques,¹⁶ eclético jurista, pregador da teoria unitária do processo, ao reafirmar a unidade do processo como “instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal”. E adiante, “entre processo civil e processo penal, a diferença é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do direito processual em *civil e penal*, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum.”

Também Tornaghi¹⁷ aduz, perfunctivamente, ao interesse de agir como condição para o exercício da ação penal. Igualmente Gama Malcher¹⁸ reconhece dentre as condições da ação penal o interesse de agir. Consta também em *Nogueira*¹⁹ a afirmação da condicionante. O tema, ainda, é analisado por Barcelos de Souza.²⁰

6. O interesse de agir e a justa causa

No processo penal, talvez mais do que o próprio interesse de agir, tal como

concebido classicamente na doutrina civilista, embora seja lógica e conseqüente sua extensão às fronteiras do processo penal, ganha relevância a noção de justa causa, entendida esta como o “conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva”²¹ e que se confundem entre si.

Trata-se de uma base de razoabilidade para instauração da instância penal; elementos que sirvam de apoio à sustentação de uma acusação formal.

O CPP em seu art. 648, I, ao tratar do *habeas corpus* dispôs que a coação provida de algum instrumento de perseguição penal, seja investigatório ou instrutório, considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa.

Assim, o interesse legítimo, ou interesse de agir, descansa na idoneidade do pedido. No processo civil o interesse legítimo pode repousar na simples afirmação da existência de uma lesão. Para a propositura da ação penal, contudo, que visa, preferentemente, à irrogação de uma pena, estando, de conseqüente, em jogo a liberdade individual, procurou o legislador evitar acusações temerárias sem qualquer fundamento, obrigando o réu a sofrer um verdadeiro constrangimento ilegal. Assim, não basta a simples afirmação de que houve um crime e de que fulano ou sicrano foi seu autor. É preciso, para que o pedido da acusação, consubstanciado na denúncia ou queixa, seja apreciado, que no limiar da ação veja o magistrado se o que se pede traz a nota da idoneidade.²²

Dessa noção desenvolvida às últimas conseqüências surge a confirmação das palavras de Frederico Marques, citadas há pouco, no sentido de traduzir o interesse de agir uma formulação adequada à satisfação do interesse. A inidoneidade do provimento jurisdicional, à qual se equipara sua inutilidade, impede que a pretensão deduzida possa ser reputada objetivamente razoável.

Manifesta-se a justa causa na figura do *fumus boni juris*, condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação, e que se subsume no interesse processual.

A justa causa confunde-se com o legítimo interesse do órgão acusatório. Ela não é apenas a *justa causa legal*, como querem alguns, pois do contrário seria tautológico o texto que considera a falta de justa causa como coação ilegal, que legitima pedido de *habeas corpus*. Justa causa é a *causa secundum jus*. Ela tem de ser examinada, portanto em face de toda a ordem jurídica, cabendo a invocação da analogia e os suplementos dos princípios gerais do direito para demonstrar-se a falta de justa causa.²³

Muito embora discorde quanto ao mérito, em suas conclusões, Ada Pellegrini Grinover,²⁴ anota, acerca do *fumus boni juris* em suas relações com o interesse de agir, que se manifesta a doutrina processual brasileira, a fim de que houvesse interesse de agir, ser necessário que o autor formulasse uma pretensão adequada à situação concreta deduzida na acusação. O interesse de agir, seria, assim, a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.

7. As regras determinantes do interesse de agir

Para fixação dos pontos basilares da sustentação das teses que levantaremos adiante faz-se indispensável a extração dos seguintes corolários da noção de interesse de agir, todos retirados das definições e amplitudes conferidas pelos mais respeitados autores citados, os quais chamaremos como as *regras determinantes do interesse de agir*.

Podem ser inferidos, de tudo o que foi lançado em tema de interesse processual, três expressões reveladoras da identidade

do instituto condicionante do direito de ação, em relação ao provimento jurisdicional invocado, estes, a saber: adequação, necessidade e utilidade.

Diz-se que o provimento tem de ser *adequado* pela relação formal e material que há de ser mantida entre o escopo e o resultado teórico da demanda. Trata-se do cabimento da providência jurisdicional invocada à situação concreta da lide e dos poderes legais conferidos à decisão de corresponder às expectativas do autor. Se, *prima facie*, não se vislumbrar a adequação da hipotética decisão de mérito, a ser proferida ao final da causa, à situação fática que a originou, queda, de forma incontestada, toda a aparência de bom direito que poderia justificar a demanda.

O requisito da adequação significa que o Estado condicione ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta da lei, bem como à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo. Caso por caso, exige-se uma correlação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida.²⁵

Considera-se *necessário* o provimento jurisdicional quando for o processo o meio de se obter a proteção do interesse substancial. Trata-se de uma causa determinante de caráter eminentemente formal e abstrato, cujo parâmetro de aferição coloca-se na direta intermediação entre as determinantes da adequação e da utilidade.

O interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até final, quando o processo, no caso concreto não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de

atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide.²⁶

Lembramos ainda os ensinamentos da Calamandrei, citado por Barbi, e Theodoro Jr., já expostos, no sentido de que existe um *quid* além da violação do direito, e esse *quid* é justamente a necessidade da sentença, ou mesmo na necessidade do processo como instrumento apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto.

Por fim, refere-se à *utilidade* o resultado materialmente capaz de, em tese, servir de satisfação à propositura inaugural. Diz-se útil o resultado possível de ser extraído da atividade persecutória, a tutela jurisdicional, em tese, apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial, segundo Greco, ou o meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito, de acordo com Liebman.

Conclusão forçosa que advém da sistematização do exposto é a de que o valor e o significado do princípio do interesse de agir devem ser os mesmos, qualquer que seja o processo, sem possíveis renúncias à sua unidade; a configuração do interesse de agir há de obedecer a um só critério, no processo civil e no processo penal.²⁷

8. Da amoldação da hipótese às regras determinantes

Vimos que o caso em debate prende-se à discussão da eventual possibilidade jurídica (não a condição da ação) do reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada na sentença, mas em sede de exame de justa causa para propositura da ação penal, ou juízo valorativo do magistrado quando do despacho de recebimento ou rejeição da inicial acusatória. (art. 43 do CPP).

No caso em tela vê-se que o magistrado não ousou rejeitar a denúncia oferecida reconhecendo, na verdade, an-

tecipadamente, a prescrição da pretensão punitiva pela pena fixada em hipotética decisão, pois que, de resto, não estava ainda extinta a punibilidade do agente pela prescrição, nos termos do inc. II, do art. 43 do estatuto processual, mas limitou-se a verificar, nos moldes do inciso subsequente, apenas as condições legais exigidas pela lei para o exercício da ação penal.

Não se argumente aqui que a legislação processual penal não estabeleceu textualmente as condições da ação penal e que o termo, colocado em sua flexão singular no citado dispositivo, tem caráter de mera referência à condição de precedibilidade da ação penal.

A alegação é falaciosa sob tríplice bateria. Inicialmente, a disposição à procedibilidade está inferida na primeira parte do inc. III, do art. 43, como faz demonstração o parágrafo único do mesmo texto. Em segunda via cabe ressaltar que, embora careça de sistematização, a legislação processual deixou vagar por suas letras regras orientadoras e indicativas das condições da ação, tal como propostas pela doutrina civilista, como se vê, p. ex., no também mencionado art. 648, inc. I, da lei adjetiva, ao erigir a justa causa para propositura da ação penal. Por último, não pode ser olvidado o disposto no art. 3.º do CPP ao admitir, de forma expressa aplicação analógica, podendo, pois, socorrer-se da legislação processual civil.

Repelidas as demais alegações, firmamos nosso entendimento à correção do decisório, aduzindo, além daquelas ponderações já lançadas pelo r. despacho de rejeição e as razões de manutenção do mesmo, outros argumentos a seguir desenvolvidos.

Não se poderia chamar de adequada a providência jurisdicional que impusesse ao condenado uma pena, fosse privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária, e esta não pudesse vir a

ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente que fosse, às expectativas do autor e da sociedade.

Outrossim, também não se verifica presente o requisito da utilidade do provimento jurisdicional, sendo inapta, em termos absolutos, a pretendida tutela jurisdicional a corresponder, no plano ficto e também no real, à correção da lesão verificada no comportamento típico. Ademais, na esteira do magistério de *Liebman*, não seria o decisório passível de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.

A jurisprudência tem emprestado colaboração no desenvolvimento do ideário. Cita-se acórdão do egrégio TACrim em razão de seu ineditismo, de filosofal importância, cuja conclusão aponta para:

“Denúncia. Rejeição por falta de justa causa. Admissibilidade: O controle exercido pelo juiz na denúncia, sem implicar necessariamente em aprofundado exame de prova pré-constituída, e tampouco em prejulgamento de mérito, compreende a análise sobre razoável adequação a que se deve conter, face aos elementos informativos do inquérito policial, ou de outra natureza, podendo já no despacho liminar cortar cerce a nascente ação penal, se verificar — sob insuperável certeza — estar a mesma destituída de mínima possibilidade jurídico-material de prosperar” (Rec. Sent. Est. n. 338.387, de 24.02.86, Rel. Gonçalves Nogueira).

Ausentes as regras determinantes do interesse de agir, carece a ação de justa causa. Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser admitida ou recebida.²⁸

9. O princípio da obrigatoriedade e o controle jurisdicional do exercício do direito de ação

Figura como intróito das razões de recurso em sentido estrito apresentada pelo culto Promotor de Justiça a seguinte ementa: “O controle exercido pelo Juiz no ato do recebimento da peça de acusação não pode espelhar razões de conveniência e oportunidade; busca somente a avaliação superficial da existência de inépcia formal ou material. O Promotor de Justiça denuncia não porque o queira mas porque assim determina a lei. O juiz é o fiscal deste princípio da obrigatoriedade da ação penal e não pode, pela via transversa, movida por motivos outros que não aqueles elencados nos arts. 41 e 43, do CPP, negá-lo. O recebimento da denúncia, sendo simples ato de chamamento do réu a juízo e não decisão definitiva sobre sua responsabilidade, não exige provas rigorosas como aquelas para a pronúncia ou para a condenação. Não se trata de um juízo de procedência ou improcedência da acusação, mas tão apenas, de sua adequação ou inadequação às formalidades legais. Não julga o conteúdo da *opinio delicti* e sim as suas formalidades intrínsecas e extrínsecas. Presente os requisitos formais e as condições da ação, o Juiz deve receber a denúncia ou queixa.”

De todas as afirmações lançadas no proêmio, a única ainda não abordada refere-se ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e o controle exercido pelo juiz no ato de recebimento da peça de acusação. Todas as demais já foram convenientemente abordadas anteriormente.

Já nos manifestamos em momento anterior acerca do exagero ao supor-se que “o princípio da obrigatoriedade da ação penal cerceie o magistrado a efetivar controle jurisdicional da propositura da ação penal em limites estreitos

dos arts. 41 e 43 do CPP". Resta, doravante, estabelecer os exatos contornos do princípio da obrigatoriedade e de seu controle judicial.

De forma indistinta, a doutrina que trata do princípio em questão usa duas expressões, como sinônimas, para designar o dever de o Ministério Público propor a ação penal condenatória. Fala-se em princípio da legalidade ou em princípio da obrigatoriedade. Preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade.²⁹

Como bem asseverou Herman Benjamin no bojo de suas razões de recurso apresentadas "O Ministério Público, embora *dominus litis*, não exerce sua prerrogativa de modo aleatório. Sua atuação, assim como a do Juiz, sofre limitações."

Conquanto esteja em pleno vigor o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não se pode olvidar que o dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador. A ação penal, como direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional do estado em face de uma pretensão especificada, como qualquer outro direito que se pretenda ver exercido, está condicionada pelo ordenamento jurídico. Quer dizer, para que o exercício da ação penal se apresente regular se faz necessário preencher aquelas condições mínimas previstas no sistema processual.

A legalidade da ação penal sobrepõe-se à legalidade constitucional geral que informa o sistema material e processual.

A questão da existência ou não, entre nós, de um sistema onde o princípio da obrigatoriedade seja mitigado diante do problema concreto ora enfrentado, pode

ser posta como meramente acadêmica, razão pela qual não a enfrentaremos, embora reconheçamos-a e ainda com desdobramentos mais amplos que o usual.

Todo o problema suscitado nas razões de recurso tem sua solução no plano das condições da ação. Se falta uma condição para o regular exercício da ação ou se a lei cria outro obstáculo intransponível, não há obrigatoriedade no sentido de o Ministério Público manifestar a pretensão punitiva, muito pelo contrário, deve requerer o arquivamento. Não surgindo o dever de agir, não se coloca a questão da obrigatoriedade da ação penal.³⁰

É enganoso imaginar-se que no caso ora debatido o magistrado de primeira instância, ao rejeitar a denúncia ofertada, tenha excedido os limites do art. 43 do CPP. Ao contrário disso, expressou-se textualmente que assim o fazia por não vislumbrar o interesse de agir, condição da ação e de verificação determinada pelo inc. III do aludido dispositivo legal.

A afirmação de que o "juiz é o fiscal deste princípio da obrigatoriedade da ação penal" não pode robotizá-lo, limitando sua atuação ao de protocolo de recebimento de acusação. O juiz é fiscal do princípio da obrigatoriedade na medida em que discordando de pedido de arquivamento de inquérito policial, remete-o ao Procurador Geral de Justiça para que o reaprecie, nos termos do art. 28 do estatuto processual. Mas é também, e antes disso, fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais. Fiscal do desenvolvimento válido da pretensão acusatória desde seu nascedouro.

É de todo aconselhável e vantajoso, diz José Alberto dos Reis, citado por Frederico Marques, "que o magistrado disponha da faculdade de julgar à nascenta pleitos absolutamente inviáveis. E Torquato Castro, afinando pelo mesmo diapasão, mostra que nada justifica ul-

terior movimentação processual, quando o juiz, liminarmente, em face da inépcia do pedido, possa desde logo reconhecer a absoluta carência do direito de ação.³¹

Para avaliação dessas situações fáticas e jurídicas o magistrado não dispõe de princípios e regras orientadoras diferentes daquelas de que são dotadas os representantes do Ministério Público. O Juiz, ao discordar do pedido de arquivamento de inquérito policial oferecido pelo Promotor de Justiça, nada mais faz ao externar a convicção, que bem poderia ser do Promotor de Justiça, de que existem elementos capazes de permitir a instauração da instância penal. Ao contrário, ao rejeitar a denúncia oferecida, inclina-se pela convicção contrária, e que também poderia ser a do Promotor de Justiça, desde que o faça nos termos do art. 43 do estatuto formal. Existem, em ambos os casos apontados, apenas divergências subjetivas quanto ao valor de circunstâncias formadoras de convicções.

Igualmente, em ambas há emanção de juízo de legalidade pelo magistrado em termos formais idênticos àquele formulado pelo Promotor de Justiça.

O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público, como notou Vassali, o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. E nessa operação não pode deixar de entrar certa dose de fator subjetivo.³² Sempre restará ao órgão estatal alguma margem para valorar os elementos fáticos que se encontram no inquérito ou nas peças de informação. Seria ir de encontro à natureza das coisas procurar sustentar que ao Ministério Público não resta qualquer dose de subjetividade na apreciação da presença ou não das condições para o regular exercício do direito de ação.³³

Se toda a questão, insista-se, está relacionada ao exame das condições da ação, e estas, por sua vez, subsumem-se no inc. III do art. 43 do CPP, deve-

se ter por paradoxal o intrólito do recurso interposto, desconexioná-lo do exame aprofundado do fulcro emblemático da lide e confirmar, na esteira das ponderações do despacho de rejeição, não ter havido qualquer ventilação de critério de conveniência ou oportunidade naquele ato.

10. O interesse de agir e o mérito

Parece tornar-se inevitável, sob certo sentido, a idealização de uma previsão do mérito, ainda que incipiente, e de seus desdobramentos desde o momento em que fulgura o sustentáculo da ação consubstanciada no interesse de agir. De todas as condições da ação, extensiva a interpretação aos limites da lide penal, a que permite maior projeção futura da legitimidade do processo, mormente em se tratando de causas de natureza pública, alheias ao campo do interesse meramente privado e, portanto, em regra, disponível, é o interesse de agir.

Não em outro sentido a doutrina sempre majestosa de Liebman³⁴ ao dispor ser a existência do interesse de agir uma condição do exame do mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então, quando se demonstra que a lesão ou a ameaça, que é denunciada, na realidade não existe ou não se verificou ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isto tão só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada.

Na hipótese específica do processo penal vislumbra-se, necessariamente, desde o oferecimento da denúncia, uma relativa antecipação do julgamento do mérito da ação. Tal antecipação, no dizer exato de Liebman, não significa que o autor, o Promotor de Justiça ou o querelante nas ações privadas, tenha

razão, mas que pode tê-la. Ocorre que o poder tê-la é relativizado na esfera do processo penal pelo caráter publicístico deste e pela concreta ameaça ao direito de liberdade individual que nele é ínsito.

A demanda mal sucedida no processo civil pode ser recomposta, ainda que parcialmente, pelo sucumbimento nas verbas honorárias advocatícias, mas no processo penal semelhante tratamento não se contém, até mesmo porque o valor menor em disputa é o *quantum*, mas a simples ameaça à liberdade que paira sobre o acusado ante o mero recebimento da denúncia, talvez até mesmo antes, com o simples indiciamento na fase investigatória.

Assim, se o mérito não se apresenta mais do que formalmente viável, materialmente auferível no pronunciamento jurisdicional ao final da causa; não traga uma antecipada previsão da receita penal a ser, em tese, aplicada; não ostente, anda que de forma flexível, mas inquebrantável, a aparência de bom direito, o *fumus boni juris*, mas não apenas aquele sob roupagem formal, abstrata, mas externável concretamente aos olhos da comunidade jurídica; se não for assim, por conseguinte praticar-se-á algum esporte penal, mas jamais se permitirá, em consciência sadia e tranqüila, fazer justiça em termos materiais. Eventual resultado condenatório poderia, diante de tais desobediências, representar esforço retórico do autor, tendências mais rigorosas do magistrado, complacência dos Tribunais, inépcia da defesa, ou outra sorte de circunstâncias aleatórias que só aprimoram a desmoralização do aparelho judiciário e a ira contra seus agentes.

A frase, ouvida à abundância nos corredores dos fóruns, indicadora de estado de dúvida do titular da persecução penal, mas que inobstante redige a inicial acusatória inspirado no falso princípio, mero aforismo, brocardo dos preguiçosos, proclamador do *in dubio pro*

societate, em nada tem contribuído à melhor distribuição da justiça. Antes, repousa sob uma falsa idéia de que a sociedade democrática (e só se o for) tolera a ameaça à liberdade individual de um de seus membros diante da dúvida do representante da Justiça Pública.

É intolerável que a perêmia do *in dubio pro reo* tenha vigência apenas no último instante do processo penal, mormente quando o acusado pode permanecer durante a instrução, e até mesmo na investigação preliminar, recluso à disposição do Poder Público enquanto aguarda seu julgamento. Inaceitável restringir-se, num Estado Democrático de Direito, o *fumus boni juris* à verificação de requisitos formais para instauração da ação penal, que o Promotor de Justiça, sem vislumbrar com razoável discernimento o desfecho da persecução, inicie-a.

O pedido pode firmar-se em fato típico e, portanto em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida na acusação. Nesse caso, faltarão legítimo interesse para a propositura da ação penal. Para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional. A jurisdição não é função que possa ser movimentada sem um motivo que justifique o pedido de tutela judiciária; e como não este se faz através da ação, a regra é a de que onde não há interesse não existe ação.³⁵

O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. É preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir. Daí a extração do corolário da

antecipação do mérito que o interesse de agir contém.

Assim, somos levados a ampliar os contornos da definição de justa causa e a correlação com o interesse de agir. É insuficiente a noção de que o interesse, no processo penal, consiste na idoneidade do pedido trazido na denúncia ou na queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Não nos parece bastante o arrimo do pedido, para que seja idôneo, em elementos de convicção quanto à prática da infração e sua autoria.

Ousamos, pois, discordar da noção de que a identificação do interesse de agir com o *fumus boni juris* significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou, de forma a não poder, o interesse de agir, dizer respeito à existência do direito alegado, nem à sua aparência, para que subsista, ao lado da existência ou da afirmação da existência do direito subjetivo material.³⁶ Trata-se de polêmica já superada e em nada pretendemos interferir nas correntes processuais que se ocupam do estudo da natureza jurídica do direito de ação.

Processualista de escol, nem por isso Frederico Marques descurou-se da visualização das implicações materiais de sua contemporaneidade aos valores formais de molde a prelecionar que a ausência de legítimo interesse obriga a que se examine, em alguns casos, a situação concreta que motivou a acusação. É certo que o *processus justus* nada tem a ver, como diz Belling, com a existência do direito de punir: este pode inexistir e o processo instaurar-se devidamente. Mas, em algumas hipóteses excepcionais, admite-se a deliberação sobre a matéria de fato, a fim de que se verifique da existência do *fumus boni juris* na acusação apresentada.

Quando a acusação é manifestamente infundada falta justa causa para o pro-

cesso penal. Embora tenha de examinar o juiz, as condições de procedibilidade que se situam mui próximas do *meritum causae*, dando como hipoteticamente certos os fatos imputados (*ut si vera sint exposita*), permitido lhe é declarar inadmissível a acusação quando manifesta a nenhuma prática de ato delituoso, *id est*, quando manifesta a improcedência da imputação.³⁷

Acrescentamos aos elementos tradicionais a convicção de que a consequência advinda ao reconhecimento da infração e sua autoria possa, materialmente, corresponder à necessidade objetiva de prevenção e repressão do crime, de resto finalidade da pena, segundo os cânones do art. 59 do CP.

Também em virtude dessa premissa firmamos a certeza de que o interesse de agir exige antecipação, ainda que perfunctória, de análise do mérito. Não se trata, como será visto mais adiante, de proposição apta a revogar os princípios da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal (tese à qual, contudo, somos críticos), mas de demonstração de que mesmo dentro das regras do sistema vigente, sem afrontá-lo sequer superficialmente, é possível a ilação das conclusões apresentadas.

Quanto a este tema, por ser um dos objetos centrais do estudo, faremos seu desenvolvimento combinando os aspectos fáticos da hipótese com os pressupostos teóricos embaixadores nos itens seguintes que tratam da materialização da falta do interesse de agir e das considerações acerca da pena como forma de viabilização do interesse de agir.

11. A materialização da falta de interesse de agir

No caso em foco há materialização da falta de interesse de agir, segundo exposição contida no acórdão vazada em termos seguintes:

“Não há interesse de agir, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao reconhecimento da prescrição da ação penal.

O denunciado é primário, trata-se de concurso formal em crime de lesões corporais culposas.

Revela-se indiscutível, no plano *id quod plerunque accidit*, que a reprimenda não chegará ao limite máximo de um ano.

Situando-se em *quantum* inferior a um ano, a pena em perspectiva, a prescrição da retenção punitiva já se definiu...”

A única viabilidade para a não incidência da regra prescricional disposta no art. 110, § 1.º, com o adendo de seu parágrafo superveniente, dispositivos do CP, seria a condenação do agente à pena máxima, única, nos termos dos incs. do art. 109 do mesmo *Codex*, apta a transmutar a situação. Isso porque o Tribunal teve a cautela de solicitar, em diligência, folha de antecedentes do acusado, para fins de certificação de inexistência de causa majorante do prazo prescricional descrita no art. 110, *caput*, última figura do CP.

O procedimento do magistrado consistiu, então, numa antecipação de juízo de reprovabilidade norteado pelas regras do art. 59 do estatuto repressivo e das margens penais estabelecidas pela sanção cominada no dispositivo incriminador. E, segundo suas expressões empregadas na sustentação da decisão impugnada, consta que:

“A denúncia foi rejeitada com base no art. 43, III, do CPP por faltar, a nosso ver, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir... Pretende a acusação, ao apresentar a denúncia, ver o réu condenado criminalmente e vê-lo sofrer as consequências disso (pena); não se pode ver sentido maior em um processo que, por qualquer motivo, servirá apenas para o alto deleite dos participantes, uma vez que, presumivelmente e dentro dessa análise qualificada

feita pelos Juízes e pelos próprios Promotores, a punibilidade do acusado estará extinta sem que se possa dar início a qualquer execução de pena.

Ainda que se admita, *ad arguendum*, que o réu fosse condenado, as circunstâncias do acidente não são de molde a acarretar-lhe a pena máxima em relação a qualquer das vítimas; ainda que bastante exacerbada sua pena, se condenado, não chegaria a um ano de detenção e sua punibilidade, pela pena concretizada, estaria fatalmente extinta sem acarretar-lhe qualquer das consequências de uma condenação criminal (pena, reincidência, etc.)”

Poderia o magistrado, validamente, agir dessa maneira? Os mais formalistas, por certo, objetariam o procedimento sob alegação de que, embora hipotética, a pena máxima é de possível aplicação num caso concreto e que apenas no momento da sentença, finda a instrução e sopesados os argumentos e os valores determinantes da individualização judicial da pena, poder-se-ia cogitar do *quantum* de reprimenda.

Ousamos discordar de tal entendimento. Chega às raíais da hipocrisia a previsão de uma pena máxima nos dispositivos penais brasileiros. Trata-se de uma quimera aos olhos do Poder Judiciário. Assemelha-se o seu desuso, e a falta de perspectiva de sua aplicação, à imagem de uma idosa, obesa e malcheirosa virgem desprovida, ademais, de outros encantos e patrimônio que seduza pretendente. Associa-se ao cotidiano daqueles Estados tribais, úteis apenas na prospecção antropológica, mas sem nenhuma relevância às ciências *de resultado* (para usar uma expressão em voga). É objeto de curiosidade dos juristas, mas nunca o foi de aplicação dos magistrados. Basta folhear os repertórios de jurisprudência, ou pesquisar nos Tribunais, ou, principalmente, em julgados da primeira instância, a média

das penas aplicadas a cada delito perpetrado. Os que militam diariamente no território do processo penal já conhecem o hábito da mínima reprimenda aplicável como regra inexorável das sentenças condenatórias. O que em si, em hipótese alguma, deve ser considerado um mal, até mesmo porque Beccaria propugnou por tal procedimento em seu célebre opúsculo.

"Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial, ... a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias..."³⁸

O Pretório Excelso, em tema de aplicação da pena no grau máximo já se manifestou afirmando em aresto que: "Pena básica fixada na quantidade máxima prevista na lei. É critério que não se harmoniza com a doutrina individualizadora da pena. Deve o juiz qualificá-la de acordo com a ponderada consideração de cada um dos fatos a que se reporta sobredita regra, evitando, assim, o arbítrio" (SFT, RHC, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJU* 25.4.77, p. 2.573).

Outro decisório fixa a oportunidade para imposição máxima, estabelecendo que: "A pena máxima prevista para determinado crime deve ser reservada aos criminosos natos, dotados de personalidade já completamente deformada, portadores de alta periculosidade" (TAMG, Rel. Abel Machado, *RT*, 624/361).

Na esteira de tal entendimento, surge lapidar decisão que tem servido de base já sedimentada quanto à aplicação da pena: "Desde que reconhecidos a primariedade e bons antecedentes do agente, ainda que maior a intensidade do dolo ou culpa, não se justifica a condenação em índice de pena tão elevado, que se aproxime ou ultrapasse aquele reservado, no antigo sistema, aos reincidentes específicos" (TJSC, Rel. Gaspar Rubick, *RT* 629/358).

Na verdade a questão no caso concreto foi colocada em molde bastante sim-

plificado, isto face à peculiaridade das margens penais em disputa no crime de lesão corporal culposa. A pena prevista pelo art. 129 § 6.º do CP oscila entre o mínimo de 2 (dois) meses e o máximo de 1 (um) ano de detenção. Assim, adequando-a à tábua de prazos prescricionais determinada pelo art. 109 e seus incs. do mesmo estatuto repressivo, tem-se que apenas dois prazos extintivos da punibilidade seriam pertinentes ao delito. Qualquer pena imposta, contanto que não fosse a máxima, prescreveria no prazo de 2 (dois) anos, segundo o inc. VI do aludido preceito penal. Se máxima a pena aplicada o prazo seria, então, de 4 (quatro) anos para decurso prescricional.

Ante essa singularidade, era fácil de ver ao magistrado que a verificação do prazo prescricional estaria condicionado, tão-somente, a possibilidade ou não de aplicação da pena privativa de liberdade em seu grau máximo.

Afiançou em seu despacho de sustentação que as circunstâncias do acidente não eram de molde a acarretar ao arguido a pena máxima. Omitiu a explicação, mas é óbvio que tal juízo baseou-se nas disposições do art. 59 do CP. a lei não fixou critérios rígidos (nem deveria fazê-lo) para cálculo da quantidade de pena. Estabeleceu parâmetros e determinantes que formam espécie de receituário oferecido ao magistrado. O juiz estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Claro que nem todos os fatores são encontrados simultaneamente em qualquer delito, tampouco têm o mesmo valor entre si. Claro que num delito culposos não haverá se falar em motivo,

como elemento aferível de juízo de reprovação. Tampouco o comportamento da vítima haverá de ser sopesado, expondo-a publicamente, diante de infrações cuja subjetividade passiva é irrelevante. Ademais, há série de delitos cuja vítima é representada por um conceito jurídico e não por uma pessoa natural ou ficta. Em virtude disso, fácil notar que cada categoria delitiva conta com seus próprios mecanismos de identificação da reprovabilidade. Não está dito na lei, mas extrai-se de sua interpretação pela unanimidade dos Tribunais, que a aplicação da pena privativa de liberdade no grau máximo estabelecido exige, necessariamente, completa conjugação dos fatores expostos pelo art. 59, todos eles em situação desfavorável ao acusado.

A culpabilidade, como critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar. A culpabilidade é entendida em termos de culpabilidade normativa, ou seja, importando tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor. O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito. São, portanto, especificações do termo genérico "culpabilidade", as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade e motivos. O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se consequência esperada de seus antecedentes, da sua conduta social bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.³⁹

Ora, se a culpabilidade do agente, entendida nesse sentido amplo, não estiver a indicar situação de absoluto desfavor, contando o autor com bene-

fícios objetivos como a primariedade, os bons antecedentes sociais, familiares e laborativos, a marca do homem médio (sem virtudes excepcionais, mas sem vícios abjetos) poder-se-ia, concretamente, suspeitar-se da aplicação da pena máxima? Por outro lado, seriam esses fatores enumerados apenas passíveis de exame após a instrução criminal? Não poderiam ser pinçados de um procedimento investigatório que não se limitasse exclusivamente à apuração do fato e de sua autoria, mas que já oferecesse um esboço da personalidade do agente? Por fim, no sistema do inquérito policial em funcionamento, será que não é possível retirar das peças que o formam elementos ensejadores desse juízo? E o Promotor de Justiça, quando oferece uma denúncia, já não tem formada em seu íntimo, pela análise de aspectos subjetivos e objetivos contidos nos autos, uma idéia bastante próxima da quantidade e da qualidade de sanção que seria, nos termos do art. 59, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime?

Concluimos, em casos que tais, quando apenas a sanção máxima interferir no estabelecimento de um novo prazo prescricional, é lícito aos envolvidos na lide, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, debruçarem-se sobre os autos em busca dos elementos erigidos pelo art. 59 como razões determinantes da escolha da quantidade de pena, para antecipação do juízo quantitativo, amoldação desse valor à tábua do art. 109, e a consequente verificação concreta da existência de interesse de agir do Ministério Público.

12. Considerações acerca da fixação da pena como forma de viabilização do interesse de agir

Ainda há pouco afirmamos que a efetivação do interesse de agir exige, pelo menos perfunctoriamente, análise

de antecipação do mérito da causa. Conquanto a premissa possa ser objectada por significativa parcela dos processualistas pátrios, ainda assim comecem a frutificar correntes de pensamento mais liberais que buscam direccionar o processo penal conduzindo-o a alguma distância das concepções mais formalistas. Por detrás do direito de ação que move o processo penal oculta-se um dos mais valiosos direitos constitucionais, o de liberdade individual. Não se pode conceber o exercício do direito de ação penal como mero exercício ficcional, concretando apenas, não obstante, em suspenso sobre o acusado, durante todo o desenrolar da ação, a aflitiva ameaça e as limitações à liberdade que o processo naturalmente impõe.

Diante disso, não nos parece que no processo penal, quando faltem elementos de convicção quanto à existência do crime ou sua autoria, não será o interesse processual, mas sim o interesse substancial à realização do direito que não se caracterizará.⁴⁰ Tampouco a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado para evitar a lide temerária.⁴¹

Se é unívoca a teoria geral do processo e se as condições da ação geram uma situação jurídica de admissibilidade genérica do pedido, exteriorização do exercício do direito de ação, como se falar, nesta fase, de condições particulares do processo penal para reduzir a incidência do interesse de agir? Não haveria nisto uma relativa concessão a aspectos meta-jurídicos, porquanto ideológico, a justificar o abrandamento do rigor em se tratando de discussão de direito material punitivo?

Quando se conceitua o interesse de agir como necessidade de se valer do órgão jurisdicional sob pena de se sofrer um prejuízo, está claro que se supõe

existente um estado de fato antijurídico, porque, se não houver tal situação de fato contrário ao direito, ninguém pode exercer o direito de ação que é instrumentalmente conexo a um caso concreto. Só existe o direito de ação como realidade processual quando houver um interesse emergente de um estado de fato contrário ao direito e interesse que se possa fazer valer por meio da via jurisdicional.⁴²

Mas o interesse de agir está ligado à idoneidade do pedido levado ao juiz pela demanda: o pedido pode se firmar em um fato típico, mas se mostrar inadequado à situação concreta manifestada na acusação. Há necessidade, assim, de adequação entre o pedido manifestado na demanda e o pedido que nele se manifesta: só há interesse de agir quando se pode, concretamente, obter o que se pretende com a decisão.⁴³

Assim não há mais como esconder que existe clara relação entre o interesse de agir e o interesse material que se busca revelar através do provimento ao pedido formulado. O que não está claro são os limites que podem estar contidos na análise preliminar do mérito para verificação da justa causa. Os indícios de autoria e materialidade, enfim, meios de demonstração de existência do crime e sua conexidade ao suposto autor estão, sem dúvida alguma, contidos nesses limites. Mas pretendemos suscitar um outro mais, qual seja, o de uma análise, igualmente perfunctória, da sanção a ser eventualmente imposta, se condenado o agente, para fins de cálculo objetivando reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva através da pena aplicada concretamente na sentença, nos moldes do art. 110 do CP.

A premissa tomada funda-se na previsão antecipada da quantidade de pena a ser imposta ao arguido, se condenado. Superada a questão concretamente apresentada, cabe agora examinar as possi-

bilidades de alargamento da tese para compreensão de outras situações.

Há delitos cujas margens penais podem ser fracionadas em diversos períodos prescritivos. Tomemos, p. ex., o crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP). O legislador estabeleceu para o delito pena variável entre o mínimo de 1 e o máximo de 5 anos de reclusão. Assim, a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada na sentença condenatória (art. 110), pode ser, em princípio, repartida em três períodos distintos, a saber: se a pena for aplicada em seu grau mínimo (um ano de reclusão) a prescrição será regulada pelo prazo de 4 anos; se a pena aplicada estiver compreendida entre 1 ano e 1 dia e 4 anos de prescrição ocorrerá após transcurso de 8 anos; finalmente, se a pena for aplicada acima de 4 anos, até o limite máximo de 5 anos de reclusão, a prescrição será reconhecida após o decurso de 12 anos.

Surge a indagação: diante de um caso assim seria possível aplicar-se extensivamente o raciocínio que reconhecemos como legítimo no caso anterior? Qualquer resposta liminar seria precipitada. Neste caso apresentado é forçoso reconhecer que a margem permitida para o reconhecimento antecipado da prescrição no menor prazo é por demais estreito. Apenas a aplicação da pena no grau mínimo permitiria o reconhecimento. No outro, ao contrário, apenas a fixação da pena no grau máximo impediria o reconhecimento do benefício. Antes o maior espectro de pena situava-se dentro do prazo de menor prescrição, agora esse mesmo maior espectro encontra-se num prazo intermédio.

Seria irresponsável admitir que mesmo diante desta nova hipótese o reconhecimento antecipado da prescrição poderia fazer-se com base na pena a ser aplicada futuramente. Ao fazê-lo assim não estaríamos a nos libertar daquilo que Reale Jr. chamou de “o fetichismo

da pena mínima”⁴⁴. Mas o problema pode ser relativizado. O mesmo raciocínio que foi invocado para a impossibilidade do reconhecimento antecipado ante a unidade penal que o permitiria pode, facilmente, ser aplicado à situação inversa ao se considerar também mui distante e estreita a margem de ocorrência da prescrição no prazo máximo.

Em linguagem mais corrente, a mesma dificuldade que se tem para afirmar-se, liminarmente, que a pena a ser aplicada será a de 1 ano de reclusão é que se tem, por outra via, para se afirmar que a pena a ser aplicada poderá estar compreendida entre mais de 4 anos até o limite de 5 anos de reclusão.

Assim, cremos perfeitamente factível, por simples dedução da regra anterior, que o prazo prescricional intermédio de 8 anos pode ser tomado como baliza para antecipação do reconhecimento da causa extinta da punibilidade como via de demonstração do interesse de agir.

Mas há situações mais difíceis de serem contornadas. Veja-se, p. ex., o furto qualificado, cuja pena pode oscilar de 2 a 8 anos de reclusão. Neste caso, se a pena fosse fixada no mínimo legal a prescrição seria reconhecida transcorrido o prazo de 4 anos. Se a pena, contudo, oscilasse entre 2 anos e 1 dia até o limite de 4 anos, a prescrição seria regulada pelo prazo de 8 anos. No entanto, a fração maior de pena, acima de 4 e até o limite máximo de 8 anos, estaria regulada pelo prazo prescricional de 12 anos. Indaga-se, neste caso teria aplicação aquela mesma regra inferida para o delito de estelionato?

A questão alcança, talvez, o máximo de sua complexidade, teórica pelos números apresentados e prática pela significativa ocorrência do delito. A exemplo do estelionato, não cremos possível a antecipação do reconhecimento prescricional a partir de presunção da pena mínima a ser imposta. Por outra banda, não parece possível abstrair-se,

desde logo, a possibilidade de vir a pena a ser aplicada, não em grau máximo, mas dentro das margens de máximo prazo prescricional, até mesmo porque, insista-se, nestas margens reside a maior fração potencial de pena a ser imposta.

Apesar de delicada situação enfrenta-nem por isso abdicamos das conclusões anteriores. Se é possível, mais ainda, recomendável, e até mesmo imperioso, uma perfunctória antecipação do mérito para aferição da justa causa, em síntese, do interesse de agir, não nos parece insuperável que nessa análise do mérito detenha-se o intérprete na busca dos elementos do art. 59 do CP. Se localizados em situação de extremo favorecimento ao arguido não há nada que os faça repelir a idéia de que a prazo intermediário para a verificação prescricional, de resto decorrente também da pena intermédia, possa ser utilizado. Conquanto seja fração menor, convém não olvidar que nessa margem penal erigida está contida a pena mínima elevada até seu dobro, o que, para os conhecedores da jurisprudência, já se mostra com gravidade excepcional para possuidor de condições subjetiva e objetivamente favoráveis no exame do art. 59.

Não nos ocuparemos da análise daqueles delitos, cujas penas mesmo em seu grau mínimo já o estão fixadas em patamar de tal grandeza, que a oportunidade de aplicar semelhante técnica seria reduzida aos atos de elocubração cerebrina.

Ressalvamos, inobstante, que as causas gerais e especiais de diminuição de pena operam efeitos quanto ao prazo prescricional e não podem ser ignoradas pelo intérprete.

Queremos dispensar particular atenção à tentativa que pode reduzir a pena cominada ao delito consumado entre os limites de um a dois terços. Retornando, assim, às hipóteses de estelionato ou furto qualificado, delitos que admitem o

conatus, é preciso verificar, através de nova antecipação do mérito, se a redução da pena pela tentativa o será (ou deverá ser) efetuada no grau máximo, mínimo ou intermediário. Para isso deverão ser observadas as regras próprias para a fixação da pena nos delitos tentados e, após encontrada a conclusão, fazer as devidas multiplicações fracionárias das penas previstas para recálculo do prazo prescricional.

Apenas para ilustrar, tomemos o mesmo estelionato referido, mas desta feita, sob forma tentada. A pena mínima, qualquer seja o fator de redução, estará no menor patamar possível de prescrição. A pena máxima, igualmente, ainda que minimamente diminuída, terá seu patamar prescricional também reduzido. Situação complexa estará cometida àquela pena intermediária que oscilava entre mais de 1 e 4 anos. Aqui, uma boa parte da margem penal, que poderá oscilar entre 4 meses e 1 dia, com a redução máxima da menor pena compreendida na margem, e 2 anos e 8 meses, com a mínima redução da maior pena, estará compreendida, agora, naquele degrau inferior do prazo prescricional, devendo, pois, por este ser regulado o antecipado reconhecimento.

13. Conclusões

I — O controle jurisdicional sobre as condições da ação é exercido mesmo em se tratando de processo penal. O princípio da obrigatoriedade da ação penal não cerceia o magistrado no exercício dessa atividade quando proposta da ação penal nos limites estreitos dos arts. 41 e 43 do CPP.

II — A clássica noção de interesse de agir, como condição da ação no processo civil, e que decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial e pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a

protegê-lo e satisfazê-lo, é extensível ao processo penal, pois como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. A diferença entre eles é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do direito processual em *civil* e *penal*, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum.

III — A justa causa manifesta-se na figura do *fumus boni juris*, condição *sine qua non* para o exercício do direito de ação, e que se subsume no interesse processual, confunde-se com o legítimo interesse do órgão acusatório. A inidoneidade do provimento jurisdicional, à qual se equipara sua inutilidade, impede que a pretensão deduzida possa ser reputada objetivamente razoável e, portanto faz desaparecer a justa causa.

IV — As regras determinantes do interesse de agir estarão presentes na ação penal quando o provimento jurisdicional invocado estiver perfeitamente identificado com as noções de *adequação*, *necessidade* e *utilidade*. Ausentes as regras determinantes do interesse de agir, carece a ação de justa causa. Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável a denúncia ou queixa não pode ser admitida ou recebida.

V — Não é adequada a providência jurisdicional que impõe ao condenado pena, quer privativa de liberdade, quer restritiva de direitos ou pecuniária que não possa ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente, às expectativas do autor e da sociedade.

VI — O dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática e da presença de condições previstas pelo próprio legislador. A ação penal está condicio-

nada pelo ordenamento jurídico. Para avaliação dessas situações fáticas e jurídicas o magistrado não dispõe de princípios e regras orientadoras diferentes daquelas de que são dotadas os representantes do Ministério Público. O juiz é fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal na medida em que discordando de pedido de arquivamento de inquérito policial remete-o ao Procurador Geral de Justiça para que o reaprecie, nos termos do art. 28 do estatuto processual. Mas é também, e antes disso, fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais.

VII — O princípio da legalidade não subtrai do Ministério Público o poder de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal. E nessa operação não pode deixar de entrar certa dose de fator subjetivo. Sempre restará ao órgão estatal alguma margem para valorar os elementos fáticos que se encontram no inquérito ou nas peças de informação. Seria ir de encontro à natureza das coisas procurar sustentar que ao Ministério Público não resta qualquer dose de subjetividade na apreciação da presença ou não das condições para o regular exercício do direito de ação.

VIII — Sendo o interesse de agir a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida, disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. Assim, é preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir. Como consequência, o interesse de agir exige antecipação, ainda que perfunctória, de análise do mérito.

IX — Quando apenas sanção máxima interferir no estabelecimento de um novo prazo prescricional, que é lícito aos envolvidos na lide, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, debruçaram-se sobre

os autos em busca dos elementos erigidos pelo art. 59 como razões determinantes da escolha da quantidade de pena, para antecipação do juízo quantitativo, amoldação desse valor à tábua do art. 109, e a conseqüente verificação concreta da existência de interesse de agir do Ministério Público.

X — Nos delitos cujas margens penais possam ser decompostas em diversos períodos prescricionais, é perfeitamente factível, por simples dedução da regra anterior, que o prazo prescricional intermédio ou aquele dentro do qual se situa a maior fração da pena decomposta possam ser tomados como baliza para antecipação do reconhecimento da causa extinta da punibilidade como via de demonstração do interesse de agir, desde que a análise perfunctória do mérito do art. 59 do CP se mostrasse favorável ao argüido.

NOTAS

1. Acórdão exarado no Recurso em Sentido Estrito n. 589.413/0, da Comarca de São Paulo, julgamento realizado em 12.3.1990, sendo Relator o Exmo. Sr. Juiz Dr. Walter Theodósio, tendo participado do julgamento, ainda, os Srs. Juízes Oliveira Ribeiro e Barreto Fonseca.

2. Os trechos citados encontram-se nas pp. 44/44-v, 48/94, 95/96 e 100/102 dos autos da Ap. n. 680/88, da 2.a Vara Criminal Regional de Santo Amaro. O despacho e rejeição da denúncia e a decisão de manutenção são de lavra do eminente magistrado, Dr. Ricardo Cintra Torres de Carvalho. As razões de Recurso em Sentido Estrito foram subscritas pelo íncito Promotor de Justiça, Dr. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, e o parecer da Procuradoria de Justiça provém do culto Procurador, o Dr. Cláudio Eugênio Reis Bressane.

3. José Frederico Marques *Manual e Direito Processual Civil*, v. 1, 9.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1982, p. 177.

4. Moacyr Amaral Santos *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, 9.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1981, p. 172.

5. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco

Teoria Geral do Processo, 5.a ed., ed. RT, S. Paulo, 1985, pp. 222/223.

6. Celso Agrícola Barbi *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3.a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 37.

7. op. cit., p. 39.

8. Humberto Theodoro Jr. *Direito Processual Civil*, Saraiva, S. Paulo, 1978, p. 14.

9. Vicente Greco F.º, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1, Saraiva, S. Paulo, 1981, p. 75.

10. Enrico Tullio Liebman *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, trad. Cândido Rangel Dinamarco, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 154.

11. op. cit., p. 155.

12. idem.

13. idem.

14. op. cit., p. 156.

15. Fernando da Costa Tourinho F.º, *Processo Penal*, v. 1, 6.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1982, p. 432.

16. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. 1, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 36.

17. Hélio Tornaghi *Curso de Processo Penal*, v. 1, 4.a ed., Saraiva, S. Paulo, 1987, pp. 55-56.

18. José Lisboa da Gama Malcher *Manual de Processo Penal Brasileiro*, v. 1, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1980, p. 306.

19. Paulo Lúcio Nogueira *Curso Completo de Processo Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1985, p. 32.

20. José Barcelos Souza *Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1979, p. 136.

21. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 73.

22. Fernando da Costa Tourinho F.º, op. cit., p. 442.

23. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 393.

24. Ana Pellegrini Grinover *As Condições da Ação Penal*, José Bushatsky Editor, S. Paulo, 1977, pp. 110-111.

25. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 95.

26. Ada Pellegrini Grinover op. cit., pp. 88-89.

27. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 103.

28. José Frederico Marques *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 74.
29. Afranio Silva Jardim *Ação Penal Pública — princípio da obrigatoriedade*, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 43.
30. Afranio Silva Jardim op. cit., p. 48.
31. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 163.
32. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 338.
33. Afranio Silva Jardim op. cit., p. 49.
34. Enrico Tullio Liebman *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 49.
35. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1961, pp. 318-319.
36. Ada Pellegrini Grinover op. cit., pp. 117-119.
37. José Frederico Marques *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 393.
38. Beccaria *Dos Delitos e das Penas*, Hemus, S. Paulo, 1983, p. 97.
39. Miguel Reale Jr. et alli, *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, pp. 160-161.
40. Ada Pellegrini Grinover op. cit., p. 123.
41. Ada Pellegrini Grinover op. cit., 127.
42. Fernando da Costa Tourinho F.º, op. cit., p. 441.
43. José Lisboa da Gama Malcher op. cit., p. 306.
44. Reale Jr. op. cit., p. 164.

DOCTRINA NACIONAL

REESCREVER O ART. 5.^o DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Explicação

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

Procurador do Estado de São Paulo

O legista elabora a lei, fixa-lhe o sentido e a executa. Toma para si a chave da ciência legislativa. Em regimes autoritários, ele impede que os outros tenham acesso ao conhecimento e uso das leis; cioso, guarda-as intocáveis. Mas, na democracia, o verdadeiro legista estimula o povo a entrar no domínio das normas para entendê-las e assenhorear-se delas. Afinal, as pessoas livres são o sujeito e o destinatário do ordenamento jurídico de um país democrata.

Nosso trabalho, portanto, não pretende criar um texto que se junte a outros para o estudo e a crítica dos legistas. Desejamos que o texto sirva à vida do povo, ao seu dia a dia, nesta tarefa inadiável de apropriar-se a comunidade da Carta de 1988. Por isso, o que apresentamos é, quando muito, um estímulo à reflexão popular, algo que incentive a todos a penetrar nos meandros da lei e a torná-la efetiva. Assim, reescrevemos este artigo constitucional sabedores de que o trabalho reclama ser superado, à maneira de uma escada, posta à parte depois de atingido o fim a que servia. "Reescrever" implica uma ação contínua, que se prolonga no tempo e não se acomoda com um sentido de escritura determinado para sempre.

O tomar o texto nas mãos, o esforço de entendê-lo e reproduzi-lo com as próprias palavras e situações de vida, tudo isso constitui um processo de libe-

ração, de manifestação criativa. Parafraseando a educadora Emília Ferreiro, queremos dar ao povo o direito de se apropriar da lei em toda a sua complexidade, o direito de saber ler e reescrever criticamente a lei feita pelos outros, o direito, enfim, de dizê-la com suas próprias palavras e situações existenciais.

O legista, via de regra, congela o sentido da lei, adaptando-a ao imaginário instituído na sociedade. É preciso, como acentua Warat em seu *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, compor uma escritura nova, que contenha a força de transgredir as interpretações estáticas dos homens da lei.

A rigor, o legista é estéril quanto ao sentido da norma jurídica. As significações estão *no* povo, que deve concebê-las a partir do texto legal. Todavia, por uma inversão histórica, o legista substituiu o povo, trazendo à tona a interpretação oficial da lei; o povo, amedrontado e oprimido, abortou em si mesmo a capacidade de gerar a significação. Urge retomar o processo natural: o legista, simples parteiro, deve permitir que o povo, grávido de sentido, dê à luz um filho vivo, uma significação dinâmica. Como em todo parto, é necessário que a mãe e seu médico se ajudem mutuamente para enfrentar e vencer as dores comuns ao processo.

Enfim, tal conhecimento e prática dos direitos humanos tornam-se a cunha

para a retificação, no grupo, de “situações carenciais básicas, desigualdades irritantes”,* fatores estes que desencadeiam, no seio da comunidade, o surgimento do crime, fenômeno social capaz de romper, pela sua disseminação

crescente, o respeito às cláusulas de pacífica convivência, firmadas entre os cidadãos.

* Garcia Pablos, A., *Criminologia*, trad. de Luiz Flávio Gomes, Ed. R.T., S. Paulo, 1992, p. 271.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV — é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

TÍTULO II

DOS DIREITOS MAIORES DO BRASILEIRO

CAPÍTULO I

OS DIREITOS E DEVERES DAS PESSOAS E DAS COMUNIDADES

Art. 5.º Cada um de nós tem o direito de viver, de ser livre, de ter sua casa, de ser respeitado como pessoa, de não ter medo, de não ser pisado por causa de seu sexo, de sua cor, de sua idade, de seu trabalho, da cidade donde veio, da situação em que está, ou por causa de qualquer outra coisa. Qualquer ser humano é nosso companheiro porque tem os mesmos direitos que nós temos. Esses direitos são sagrados e não podem ser tirados de nós; se forem desrespeitados, continuamos a ser gente e podemos devemos lutar para que eles sejam reconhecidos. A Lei do Brasil diz assim:

I — as mulheres são iguais aos homens em direitos e obrigações, de acordo com o que diz a Lei maior;

II — dentro da lei, o cidadão pode fazer ou não fazer o que ele desejar;

III — nenhuma pessoa será torturada ou tratada como bicho ou coisa;

IV — o cidadão é livre para dizer ou escrever o que ele pensa, mas precisa assinar o que disse e escreveu;

V — se alguém foi injustamente ofendido na imprensa falada e escrita, tem direito de responder no mesmo pé, e de receber dinheiro pelo prejuízo que sofreu na sua economia, na sua honra e no conceito que o grupo tem dele;

VI — é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII — é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII — ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX — é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI — a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

VI — a liberdade para pensar o que é certo e errado e para acreditar em Deus é sagrada e não pode ser mexida por ninguém; a lei protege as igrejas, as festas religiosas e as pessoas que celebram sua fé;

VII — nos quartéis e nas escolas e casas onde as pessoas ficam internadas, qualquer um pode pedir licença para praticar a religião na qual acredita;

VIII — todos serão respeitados na sua fé, no seu pensamento e na sua ação na cidade; mas, aquele que não fizer o que a lei manda para todos, ou se negar a fazer o que ela sugere em substituição, dizendo que sua fé, seu pensamento e sua ação na cidade não permitem fazer isso, terá seus direitos diminuídos;

IX — somos livres e não precisamos de autorização para publicar o nosso pensamento, a nossa arte, o nosso conhecimento e as notícias que sabemos;

X — ninguém pode penetrar na vida íntima e particular de um outro, nem manchar a honra e a imagem dele; se alguém fizer assim, o outro receberá dinheiro pelo prejuízo que sofreu na sua economia ou no conceito que a comunidade tem dele;

XI — só se pode entrar na casa de uma pessoa com o consentimento dela; sem o consentimento, se pode entrar durante o dia com ordem do juiz; mas em caso de crime que está sendo cometido, em caso de desastre ou para prestar socorro, não é preciso o consentimento para se entrar a qualquer hora na casa de alguém;

XII — ninguém pode abrir nossas cartas ou telegramas, fuçar nossos dados pessoais ou ouvir nossas conversas por telefone; no caso de investigação de crime ou prova para o processo penal, o juiz pode mandar que se escute o telefonema, mas obedecendo o que uma lei disser sobre este assunto;

XIII — somos livres para praticar qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas a lei pode pedir estudo e diploma para isso;

XIV — é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessária ao exercício profissional;

XV — é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI — todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII — é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII — a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX — as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX — ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII — é garantido o direito de propriedade;

XIV — todos nós temos o direito de conhecer os nossos direitos e o que está acontecendo na cidade, e não precisamos dizer onde conseguimos as informações úteis para a nossa profissão;

XV — em tempo de paz, qualquer pessoa pode ir com o que tem de uma cidade para outra do Brasil, e pode entrar, ficar ou sair do país, obedecendo a lei feita para isso;

XVI — o povo pode reunir-se pacificamente, sem armas, nas praças e lugares públicos de sua cidade; antes da reunião, a autoridade só precisa ser avisada para evitar que no mesmo local seja feita na mesma hora outra reunião;

XVII — todos nós temos a inteira liberdade de formar e participar de grupos, associações e comunidades que desejam a justiça e a paz, sendo proibido o grupo armado ou policial;

XVIII — para criar estes grupos, associações ou comunidades, não é preciso licença do governo; também a criação de cooperativas, respeitada a lei feita para isso, não depende de licença do governo. O Poder do Governo está proibido de meter o bedelho no funcionamento das associações, grupos, comunidades ou cooperativas;

XIX — só o juiz, depois de todos os recursos dos interessados, pode mandar fechar as portas das associações, comunidades ou grupos; só ele também pode suspender as atividades delas enquanto os recursos estão sendo examinados;

XX — nenhum de nós será obrigado a entrar no quadro de qualquer associação ou a ficar sempre associado;

XXI — as associações, se os sócios concordarem no papel, podem falar em nome deles diante do juiz ou de outra autoridade;

XXII — cada um de nós tem o direito de ter coisas, de usá-las, de aproveitá-las e de fazer com elas o que bem entender;

XXIII — a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV — a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV — no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI — a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII — aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII — são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX — a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXIII — as coisas de cada um de nós devem ser possuídas ou usadas tendo em conta as necessidades e os Direitos Maiores das outras pessoas;

XXIV — uma lei especial mostrará como o governo, para fazer a reforma urbana e a reforma agrária, tomará as propriedades das pessoas ricas por causa da necessidade, utilidade e interesse do povo. Quem assim perder a propriedade receberá do governo pagamento em dinheiro, justo e antecipado. Não se pode tomar a propriedade que produz nem a pequena e a média propriedade no campo de alguém que só tenha essa;

XXV — se um perigo estiver para acontecer contra o povo de uma cidade, a autoridade pode usar a propriedade de alguém para evitar o mal, pagando depois ao dono pelos prejuízos que ele sofrer;

XXVI — a pequena propriedade no campo, trabalhada pela família, não poderá servir para pagamento de contas feitas para cultivar a terra; uma lei dirá o que é pequena propriedade no campo e indicará os meios para bancar o seu desenvolvimento e produção;

XXVII — só o autor de uma obra tem o direito de usá-la, publicá-la e tirar cópia, e este direito passa para os seus herdeiros pelo tempo mandado pela lei;

XXVIII — a lei garante:

a) a proteção para cada pessoa que contribuir para uma obra feita por muitos, e a proteção para quem tiver sua imagem ou sua voz usadas de novo por um outro, mesmo nas atividades do esporte;

b) o direito dos criadores, dos intérpretes ou dos representantes sindicais e das associações de fiscalizar a forma como outras pessoas ou empresas ganham dinheiro com as obras que eles criaram e ajudaram a construir;

XXIX — a lei vai garantir para os inventores de produtos industriais o direito de exploração por um tempo determinado, e vai proteger o que a indústria criar, a propriedade das marcas, os nomes das empresas e outros distintivos, tudo sendo garantido e protegido no interesse dos cidadãos e para que o Brasil cresça na sua força de fazer as coisas e produzir benefícios;

XXX — é garantido o direito de herança;

XXXI — a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*;

XXXII — o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII — todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV — são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV — a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII — não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXX — os bens de uma pessoa, quando ela morrer, passam para seus herdeiros;

XXXI — a passagem de bens que estão no Brasil, pela morte de pessoa estrangeira, será feita pela lei brasileira em benefício da mulher (ou do marido) e dos filhos brasileiros; mas, usa-se a lei da pessoa que morreu se ela for melhor para quem receber os bens;

XXXII — o Poder do Governo, para acabar com os abusos do comércio e da indústria, deverá fazer um Código para a defesa do cidadão que compra alguma coisa ou paga por um serviço;

XXXIII — todos nós temos o direito de receber do Poder do Governo e de suas partes as informações de nosso interesse particular, ou do interesse de um grupo ou de toda a comunidade; essas informações serão dadas para nós no tempo marcado na lei, e o servidor do Povo que não respeitar esse direito será processado; mas, algumas informações podem ser guardadas em segredo porque sua divulgação poderia prejudicar todos nós e o Poder do Governo;

XXXIV — todos nós temos os seguintes direitos, sem precisar pagar nenhum dinheiro por eles:

a) o direito de fazer um pedido ao juiz, ao governador, ao prefeito, ao deputado, ao vereador, ou a qualquer autoridade, para defender nossos direitos ou para ir contra bandalheiras ou contra abusos de quem tem poder;

b) o direito de retirar certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse de cada um;

XXXV — nenhuma lei vai retirar do juiz o poder de examinar e corrigir a ameaça e o ferimento a qualquer direito da pessoa ou do grupo;

XXXVI — a lei não poderá prejudicar o direito que nós já conseguimos, os atos e negócios que fizemos e estão de acordo com a lei, as coisas que o juiz já pôs um ponto final nelas;

XXXVII — não vai existir juiz ou tribunal fora dos quadros do Poder Judiciário;

XXXVIII — é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL — a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII — a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV — constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional o Estado Democrático;

XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI — a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;

XXXVIII — o júri, onde o cidadão é julgado por outros cidadãos como ele, será organizado pela lei e obedecerá o seguinte:

- a) a defesa do acusado deverá ser a maior possível;
- b) as votações dos jurados serão secretas;
- c) as decisões dos jurados serão livres e não poderão ser modificadas;
- d) o júri julga os crimes feitos pela pessoa que quis tirar a vida de uma outra;

XXXIX — só existe crime ou castigo quando a lei, antes de acontecer o fato, diz que isto é crime e qual é o castigo;

XL — a lei que fala de crimes e de castigos só volta para o que aconteceu no passado se ajudar o acusado;

XLI — a lei vai punir todo fato que marcar diferenças entre as pessoas nos direitos e liberdades do cidadão;

XLII — praticar o racismo é crime sem fiança e que o tempo não faz desaparecer, castigado com a prisão mais dura, de acordo com uma lei especial;

XLIII — a lei deve tratar a tortura, o comércio proibido de drogas, o terrorismo e os crimes medonhos como crimes sem fiança, e que não podem ser perdoados ou anistiados; seus autores são aqueles que mandaram fazer isso, aqueles que fizeram e aqueles que podiam evitar mas deixaram fazer;

XLIV — é crime sem fiança e que o tempo não faz desaparecer agir e grupo militar ou civil, com armas, contra a Lei Maior do Brasil e contra o Poder do Povo;

XLV — o castigo de um condenado não poderá passar para a sua família ou para outra pessoa, mas o dever de pagar o prejuízo pelo crime e a perda de bens podem passar, de acordo com a lei, para os herdeiros do condenado, que pagarão a dívida só até o limite do valor dos bens que receberam em herança;

XLVI — a lei mostrará como ajustar o castigo a cada condenado; os castigos principais são os seguintes:

- a) perda ou diminuição da liberdade de ir, vir e ficar;

- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII — não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII — a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX — é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L — às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI — nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII — não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII — ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação de um serviço para a comunidade;
- e) suspensão ou impedimento de direitos;

XLVII — estes castigos não podem ser aplicados:

- a) pena de morte; mas, ela pode existir em caso de guerra declarada a outro país;
- b) prisão perpétua ou outro castigo que dure para sempre;
- c) trabalhos forçados;
- d) expulsão do Brasil, se o condenado for brasileiro;
- e) penas que machucam ou diminuem o condenado;

XLVIII — o castigo será cumprido em presídios diferentes, de acordo com o tipo de crime, a idade e o sexo do condenado;

XLIX — os presos têm a garantia de serem respeitados no seu corpo e no seu moral;

L — a lei garante para as mulheres presas o direito de permanecerem com seus filhos durante a amamentação;

LI — nenhuma pessoa brasileira será entregue pelo Brasil a um país estrangeiro para af ser julgada; o brasileiro naturalizado, de acordo com a lei, será entregue se cometeu crime comum antes de se tornar cidadão do Brasil ou se está bem provado que se envolveu com o comércio proibido de drogas;

LII — o Brasil não entregará a um outro país a pessoa estrangeira que está entre nós, por causa de crime político ou de crime de opinião;

LIII — qualquer pessoa só será processada e julgada pela autoridade que tem poder, de acordo com a lei, para processar e dar sentença naquele caso;

LIV — a liberdade de uma pessoa e os seus bens só podem ser retirados dela se o juiz obedecer o processo que a lei manda seguir nesses casos;

LV — a lei garante para os interessados em processos que correm diante do juiz ou diante

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI — são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII — o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX — será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX — a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI — ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII — a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII — o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado,

do Poder do Governo, e garante também para qualquer pessoa acusada:

1) o direito de dizer e provar o contrário do que o outro lado diz e prova; 2) o direito de defender-se com todos os meios e recursos permitidos na lei;

LVI — no processo, as provas que foram conseguidas contra a lei ou contra os costumes do Povo devem ser consideradas sem nenhum valor;

LVII — toda pessoa será considerada inocente até existir contra ela sentença criminal condenatória e sem remédio;

LVIII — se uma pessoa já tem carteira de identidade, com RG, para poder mostrar quem é e para trabalhar e tirar documentos, não precisa ser identificada de novo na polícia quando existe um inquérito contra ela; as exceções desta regra serão indicadas na lei;

LIX — o cidadão tem o direito de mover contra alguém uma ação penal do interesse de todos se o promotor público não usa este direito e este seu dever no prazo marcado na lei;

LX — os atos do processo podem ser vistos e assistidos por todo o mundo; só haverá segredo para defender a vida íntima das pessoas envolvidas no processo ou para evitar um mal para a comunidade;

LXI — qualquer pessoa, com ou sem documento, pobre ou rica, mal ou bem vestida, preta ou parda ou amarela ou vermelha ou branca, homem ou mulher, jovem ou velha, só poderá ser presa no caso de estar em flagrante delito ou por ordem escrita e explicada de um juiz que tenha o direito de mandar prender. Não existe prisão para saber se alguém é ou não é criminoso. No caso dos militares e seus crimes, a lei poderá indicar outros tipos de prisão.

LXII — o juiz que trata desses casos, a família do preso ou outra pessoa por ele indicada serão avisados, imediatamente depois da prisão, do que aconteceu e do local onde está o preso;

LXIII — aquele que prender uma pessoa deve informar os direitos que ela tem, prin-

sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV — o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV — a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI — ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII — conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

principalmente o direito de ficar calada, sem dizer nada; o preso tem o direito de ser assistido por sua família e por seu advogado;

LXIV — o preso tem o direito de saber a identidade das pessoas que o prenderam e a identidade da pessoa que vai interrogá-lo na polícia;

LXV — o juiz deve relaxar imediatamente, sem esperar qualquer coisa, a prisão de alguém feita contra o que diz a lei;

LXVI — nenhuma pessoa será levada para a prisão ou ficará aí, quando a lei permite a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII — nenhuma pessoa será presa por estar devendo dinheiro para uma outra; mas, existe prisão civil para aquele que pode e não quer pagar para outra pessoa a pensão de alimentos que o juiz determinou, e existe também prisão para aquele que recebe um bem em depósito e não devolve para o dono;

LXVIII — o juiz dará para qualquer pessoa que está presa ou ameaçada de ser presa, quando a prisão vai contra a lei ou vem do abuso da autoridade, uma ordem escrita para que esta pessoa seja solta ou para que ela continue em liberdade; esta ordem é chamada *habeas corpus*;

LXIX — o juiz dará para qualquer pessoa uma ordem para proteger direito bem claro e bem certo, quando a autoridade pública ou alguém no lugar dela atacar este direito com abuso de poder ou contra a lei; esta ordem escrita é chamada mandado de segurança e só é dada pelo juiz se o direito bem claro e bem certo não pode ser defendido pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*;

LXX — o mandado de segurança pode também ser usado para o bem de um grupo de pessoas representadas por:

a) partido político que tenha representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal;

b) sindicato, órgão de classe ou associação formada dentro da lei, com funcionamento mínimo de um ano, para a defesa dos interesses de seus membros ou sócios;

LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII — conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV — o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI — são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

LXXVII — são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXI — o juiz dará uma ordem para que qualquer pessoa use na prática do dia-a-dia seus direitos e liberdades maiores, suas vantagens de brasileiro independente e de cidadão, se a falta de uma lei ou decreto for desculpa para adiar, prejudicar ou impedir esta prática; esta ordem escrita é chamada mandado de injunção;

LXXII — o juiz dará uma ordem para que qualquer pessoa:

a) conheça as informações que os registros ou bancos de dados de repartições do governo ou de repartições com finalidade pública têm sobre ela;

b) corrija estes dados, quando ela não quiser corrigir por meio de um processo em segredo diante do juiz ou da Administração Pública. Esta ordem escrita é chamada *habeas data*;

LXXIII — qualquer cidadão pode comparecer diante do juiz e pedir numa ação popular que seja anulado o ato que prejudica o patrimônio do povo ou de órgão em que toma parte o Poder do Governo, e também que seja anulado o ato que vai contra a honestidade administrativa, contra o meio em que vivemos e contra o patrimônio da História e da Cultura do Povo brasileiro; este cidadão só pagará as custas do processo e as contas de uma possível derrota se agiu com má-fé declarada;

LXXIV — em qualquer cidade do Brasil, o Poder do Governo tem o dever de dar assistência jurídica total e gratuita para as pessoas pobres;

LXXV — o Poder do Governo pagará uma indenização em dinheiro para a pessoa condenada por erro da Justiça, e também pagará essa indenização para quem ficar preso além do tempo marcado na sentença do juiz;

LXXVI — para as pessoas realmente pobres, são gratuitos, de acordo com a lei:

- a) o registro de nascimento da pessoa;
- b) a certidão de falecimento de alguém;

LXXVII — as ações de *habeas corpus* e *habeas data* são gratuitas, e também são gratuitos, de acordo com a lei, os atos necessários para a pessoa praticar a sua cidadania.

§ 1.º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata.

§ 2.º. Os direitos e garantias expressados nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte dela.

§ 1.º. As regras desta Lei Maior do Brasil que dizem o que são os direitos e as garantias maiores das pessoas têm desde já aplicação na prática.

§ 2.º. Os direitos e as garantias escritos nesta Lei Maior do Brasil não afastam outros direitos e outras garantias ainda não escritos mas que podem ser tirados do regime do Povo e dos princípios aceitos por esta Lei, ou que também podem ser tirados dos acordos que o Brasil faz com outros países do mundo.

PARECERES

INJÚRIA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal, Membro do Conselho Diretor do Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para Prevenção de Delito e Tratamento do Delinqüente

Consulta

a) *Natureza*

1. Na qualidade de advogado e procurador de Luís Inácio Lula da Silva, o Deputado Federal Hélio Pereira Bicudo dirige consulta nos seguintes termos:

"1) O Presidente da República, conforme o noticiário da imprensa e, sobretudo, das informações dadas pelo *Jornal do Brasil* e, bem assim, pelos demais órgãos de imprensa, como a *Folha de S. Paulo* e *O Estado de S. Paulo*, cometeu injúria contra o querelado, quando — direta (cf. informação inserta no *Jornal do Brasil* (doc. 6) ou indiretamente — referiu-se a este último como "meliante"?"

"2) Idem, com relação ao "porta voz" Cláudio Humberto Rosa e Silva?"

"3) Quais os requisitos substantivos para a integração — em tese — do delito de injúria? Eles estão presentes na documentação oferecida?"

"4) Quais os requisitos formais para o recebimento de uma denúncia (queixa-crime) por delito de injúria, contra o Presidente da República? Diferenciam-se eles quando se trata de um cidadão comum? Em caso afirmativo, como e por quê?"

"5) Esses requisitos estão presentes nesta queixa-crime?"

"6) Solicitam-se, ainda, outras considerações a propósito do assunto e que

possam não estar contidos nos itens anteriores".

2. A consulta está instruída com os seguintes documentos:

a) Petição de queixa, na qual é querelante Luís Inácio Lula da Silva e querelados Fernando Collor de Mello e Cláudio Humberto Rosa e Silva, posto que teriam cometido o crime de injúria previsto no art. 140 do CP;

b) Procuração do querelante aos seus advogados;

c) Vários recortes dos jornais *Folha de S. Paulo*, *O Estado de S. Paulo*, *Jornal do Brasil* e *Correio Brasiliense* e das revistas *Isto é* / *Senhor e Veja*, contendo notícias, reportagens, artigos e entrevistas relacionadas direta e indiretamente com o episódio relativo à entrevista do Presidente da República, que ensejou a *persecutio criminis*.

3. A queixa arrola testemunhas, especialmente jornalistas vinculados aos órgãos de comunicação que deram cobertura aos fatos.

b) *Imputação e comprovação factuais*

4. A inicial relata que a imprensa, o rádio e a televisão noticiaram entrevista do Presidente da República, Fernando Collor de Mello, realizada no Palácio do Planalto, em Brasília, no dia 7 de novembro do ano passado, onde se diz que "Collor chama Meneghelli e Lula de *Meliantes*" (cf. *O Estado de S. Paulo*, ed. de 8.11.1991, p. 4) e que "Meliantes

derrubaram emenda, diz Collor" (cf. *Folha de S. Paulo*, de 8.11.1991, p. 1-7).

Prossegue a queixa afirmando: "Uma revista de imparcialidade reconhecida, como é a *Isto é / Senhor*, ao apreciar a citada entrevista, afirma, sem maiores considerações, a prática da injúria pelo Senhor Presidente da República. Sequer faz referência à fala do "porta-voz" (cf. revista citada, 1.155 / 13.11.91, p. 26).

Relativamente à autoria da expressão dirigida contra o querelante, a queixa esclarece:

"No bojo dessas notícias verifica-se, entretanto, que o Sr. Presidente da República fez uma referência pretensamente genérica, sem indicar os "meliantes", entretanto, logo a seguir, nomeados pelo jornalista Cláudio Humberto Rosa e Silva, na qualidade de "porta-voz" da Presidência da República"

(...)

"2. Pelo noticiário dos jornais fica muito evidente que o próprio Presidente da República, independentemente da individualização feita por seu "porta-voz", já indicava o endereço da injúria. Ao atribuir a derrubada da emenda que propunha a antecipação do plebiscito do art. 2.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao requerente e ao Presidente da CUT, responsabilizando a ambos, para logo a seguir apodá-los de "meliantes", o Senhor Presidente da República consumou, por inteiro, a infração do art. 140, do CP. O esclarecimento de seu "porta-voz" serviu, apenas, para ratificar a ofensa"

"Poderia, assim, parecer, à primeira vista, que o primeiro requerido, o Senhor Presidente da República, teria preferido a via indireta para atingir o requerente, servindo-se de seu "porta-voz" para individualizar a injúria, pois, logo de seguida, como seu viu, o segundo requerido, o jornalista Cláudio Humberto Rosa e Silva, tratou de fazê-lo, apontando como "meliantes" o re-

querente e o Presidente da CUT, Jair Meneghelli (cf. noticiário citado, dos jornais *O Estado de S. Paulo* e *Folha de S. Paulo*).

"Entretanto, como se viu, o exame atento da questão leva à conclusão de que a fala do "porta-voz" não serviu ao desiderato do Senhor Presidente da República, porque este já fora atingido." (Fls. 3).

5. O primeiro fato típico teria consistido no emprego do vocábulo *meliantes* proferido pelo Presidente da República, Fernando Collor de Mello, e destinado ao querelado e outro, durante a referida entrevista concedida em 7.11.1991, no Palácio do Planalto.

Posteriormente, o *porta-voz* da presidência da República, o segundo querelado Cláudio Humberto Rosa e Silva, ao individualizar o endereço da injúria proferida pelo Presidente da República, juntou que o problema de Lula é de "confusão mental" por problemas de fuso horário, após sua mais recente viagem: ele foi ao Oriente e voltou com cara de Aiatolá" (Cf. *O Estado de S. Paulo*, ed. de 8.11.1991).

6. Esta matéria jornalística, publicada sob o título *Collor chama Meneghelli e Lula de "meliantes"*, está assim redigida na parte que interessa à presente causa:

"BRASÍLIA - O presidente Fernando Collor responsabilizou ontem o presidente do PT, Luiz Inácio Lula da Silva, e o da CUT, Jair Meneghelli, pela rejeição da emenda do senador José Richa (PMDB-PR) que previa a antecipação do plebiscito sobre sistema de governo, de setembro de 1993 para abril de 1992. Em entrevista coletiva no Palácio do Planalto, o presidente disse lamentar a não-aprovação da emenda e atribuiu a derrota na votação em segundo turno no Senado à "ação dos meliantes", que pretendiam a adoção imediata do parlamentarismo caso o sistema saísse vitorioso na consulta.

“Collor não citou o nome de ninguém, mas o porta-voz Cláudio Humberto Rosa e Silva não fez segredo: os “meliantes” — malandros, vadios, vagabundos, seguindo o dicionário *Aurélio* — são Lula e Meneghelli, a quem chamou de “indigitado” (apontado como culpado de crime).”

7. A *Folha de S. Paulo*, da mesma data, registrou os fatos da seguinte forma: “Meliantes derrubaram emenda, diz Collor.

“Porta-voz da Presidência responsabiliza Lula e Jair Meneghelli pela rejeição da antecipação do plebiscito.

“O presidente Fernando Collor de Mello culpou “meliantes” (malandros, vadios) pela derrota, no Senado, da emenda de autoria do senador José Richa (PMDB-PR), que anteciparia para abril de 1992 o plebiscito sobre o sistema de governo.

“Collor não citou nomes. O porta-voz da Presidência da República, Cláudio Humberto Rosa e Silva, identificou como meliantes o presidente do PT, Luis Inácio Lula da Silva, e o presidente da CUT, Jair Meneghelli.

(...)

“O presidente Collor afirmou que, ao defenderem essa proposta, os “meliantes contaminaram” a aprovação da emenda no segundo turno de votação no Senado.

“Infelizmente o processo foi contaminado pela ação dos meliantes que tentaram juntar a questão da antecipação do plebiscito à sua vigência a partir do momento em que tenha sido votado, disse Collor”.

c) Dispensa da interpelação para definição da autoria

8. O querelante dispensou o exercício da interpelação judicial para escoimar qualquer dúvida sobre a identificação dos autores das expressões referidas. Pareceu-lhe desnecessária tal iniciativa processual diante do *estado de flagrância*

e da publicidade das expressões que foram proferidas *coram populo*.

d) Dispensa da interpelação para obter explicações

9. Também houve dispensa do *pedido de explicações* (CP art. 144), por entender o querelante que não houve incerteza ou equivocidade quanto à natureza e o sentido ofensivo das expressões que teriam bem exteriorizado o pensamento dos querelados. Esta providência cautelar tornava-se, portanto, desnecessária à luz da concepção vocabular e das circunstâncias em que as palavras foram oralmente emitidas.

O STF, no julgamento do RHC 63.582 do Paraná, pela sua Primeira Turma, decidiu que a notificação judicial de explicações prevista pelo art. 25 da Lei n. 5.250, de 9.2.1967, é mera faculdade do ofendido. O acórdão unânime, relatado pelo Senhor Min. Octavio Gallotti, confirma a decisão recorrida no sentido de que a notificação prévia não constitui, em nenhum caso, imperativo legal, eis que a expressão usada pelo legislador “poderá”, significa tratar-se de uma faculdade do ofendido o pedido de explicações em juízo” (RT 606/414 e DJU de 21.2.1986). O precedente se aplica inteiramente ao caso em exame posto que o art. 144 do CP também se refere à *faculdade* assinada em favor do ofendido para pedir, em juízo, as explicações.

e) Dispensa da interpelação para identificação do ofendido

10. Igualmente desnecessário, *data venia*, se tomava qualquer procedimento preparatório visando confirmar a identidade do sujeito passivo da *injúria*, no que concerne à conduta do primeiro querelado.

Com efeito, além da reafirmação surgida logo depois pelo *porta-voz* — que por sua conta e risco ajuntou imagens e qualificativos gravosos à honra

do querelante — os elementos probatórios que instruem a inicial e a indicação das testemunhas apontam o queixoso como vítima da ação verbal do primeiro requerido e constituem meios idôneos, *quantum satis*, para o recebimento da inicial.

Parecer

a) Relações causais distintas

11. Quer nos parecer que não houve o *concurso de pessoas* (CP art. 29) nos fatos consumados separadamente no tempo e no espaço.

Com efeito, primeiramente o querelado Fernando Collor de Mello, na data e demais circunstâncias já referidas, dirigiu-se ao querelante e outros chamando-os de “*meliantes*”. Numa segunda etapa, o *porta voz* da presidência da República, além de precisar os destinatários da ofensa, individualizando-os, assumiu a iniciativa de se dirigir contra o querelante, averbando-lhe *estado pessoal* depreciativo à sua honra.

Esta situação diversificada de tempo e de lugar é referida pela notícia da *Folha de S. Paulo*: “O porta-voz Cláudio Humberto esclareceu ontem, *logo após entrevista* do presidente Fernando Collor, que não tinha intenção de agredir o presidente do PT, Luiz Inácio Lula da Silva, ao usar o termo “*meliante*”. (8.11.91).

12. A *injúria* é delito *formal* (cf. Euclides Custódio da Silveira, ob. e loc. cit.) ou de *simples atividade*. A propósito, a lição de Anibal Bruno, referindo-se à divisão dos fatos puníveis: “*Formais* são aqueles em que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo Direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado, o que tinha de ocorrer ocorreu. Por isso os autores

alemães preferem chamá-los de *crimes de simples atividade* (*schlichte Tatigkeitsdelikte*). São dessa categoria, p. ex., os crimes contra a honra — *injúria*, *difamação*, *calúnia*” (*Direito penal — Parte geral*, Forense, Rio de Janeiro, 1967, t. 2.º/221, 222).

Sob outro perfil, na *injúria verbal* e em alguns delitos como ameaça, corrupção, extorsão e falsidade, a consumação antecede ou alheia-se ao *eventus damni*. Chamam-se, então, *crimes de consumação antecipada*. A propósito, Nélson Hungria, *Comentários ao código penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1958, v. I, t. II, p. 43.

13. Assim, quando o segundo querelado interveio na cena do acontecimento já se havia consumado a *injúria* proferida pelo primeiro, não se podendo falar de participação após o momento consumativo do fato para o qual se estaria a concorrer. Esta é a orientação estável da doutrina e da jurisprudência: “Consumado o crime, já a participação não é possível” (cf. Anibal Bruno, *Direito penal — Parte geral*, cit. p. 279). Segundo o aresto do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “uma das consequências de configurar a participação partindo da relação de causalidade é a exclusão de qualquer conduta que não realize ou contribua para a produção do crime. Em face disso, o fato que constitui a participação deve ser cometido antes ou durante a realização do delito. Se posterior, não é participação no crime anterior, mas, sim, crime autônomo” (*JUTACRIM* 81/82, em Alberto Silva Franco e outros, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, Ed. RT, 1990, p. 173).

14. A hipótese dos autos, em nosso juízo, não constitui modalidade da *autoria colateral*, cuja característica essencial é a ausência de um *vínculo psicológico* entre os partícipes que visam, ao mesmo tempo e contra o mesmo objeto

material (pessoa ou coisa sobre que recai a ação delituosa), a produção do evento típico. Eles atuam sem que um tenha conhecimento da ação do outro, como na situação em que A e B, pretendendo matar C, colocam-se de emboscada e atiram na vítima que vem a falecer unicamente em consequência dos disparos efetuados, p. ex., pelo primeiro autor. Não há co-autoria nem participação. A responde por homicídio consumado e B por tentativa de homicídio (cf. Damásio de Jesús, *Direito penal*, Sarai-va, S. Paulo, 1991, p. 368).

Na espécie em análise, porém, as condutas ofensivas se desenvolveram em *momentos e locais diversos*, assim como no exemplo recolhido do cotidiano da violência: a mesma vítima sofre lesões corporais causadas por dois autores que, sem qualquer acordo aparente de vontades e com intervalo de tempo, no mesmo local ou em local distinto, se revezam na produção dos ferimentos. Ambos respondem pelo delito de lesão corporal *consumada*, não se justificando a solução de punir-se um deles pela consumação e o outro pela tentativa, assim como ocorre no exemplo clássico da *autoria colateral*.

Em síntese: as relações de causalidade (CP art. 13) são distintas e autônomas, no tempo e no espaço, respondendo cada um dos autores individualmente pela produção dos ilícitos. Abstraindo a figura do ofendido que não ingressou com a ação penal, a espécie revela *uma* vítima e *dois* crimes respondendo cada autor autônomo pelo seu delito consumado em circunstâncias diferenciadas. É óbvia, no entanto, a unidade de processo e julgamento, em face da regra da conexão (CPP arts. 76 e 79).

b) Imputação jurídica

15. A queixa imputa aos querelados o cometimento do delito de *injúria*, assim definido pelo art. 140 do CP:

“Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro:

“Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

c) Caracterização do ilícito

16. Indiscutivelmente o uso da palavra *mediante* constitui um meio eficaz para consumar o delito de injúria. O vocábulo não oferece margem para interpretação outra que não se ajuste ao conceito negativo sobre a pessoa física. Ora poderá ser compreendido como “malandro, vadio, vagabundo” ora como “velhaco, patife, biltre” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 115). A expressão tem origem espanhola, de *malear, malo*: “*Danar, echar a perder una cosa*” (cf. *o Dicionário da Real Academia Espanhola*, 1970, p. 830).

Por outro lado, a afirmação pelo segundo querelado de que “o problema de Lula é de “confusão mental” por problemas de fuso horário, após sua mais recente viagem: ele foi ao Oriente e voltou com cara de Aiatolá”, é indubitavelmente ofensiva tanto à *dignidade* como ao *decoro* do autor da queixa.

A propósito, vale referir o magistério inolvidável de Nelson Hungria: “*Dignidade e decôro* são os aspectos da honra *que está em nós*. É sutil a diferença entre um e outro: dignidade é o sentimento da nossa própria honorabilidade ou valor moral; decôro é o sentimento, a consciência de nossa respeitabilidade pessoal” (*Comentários*, cit., 1955, VI/86).

17. A *injúria*, assim como os demais ilícitos contra a honra, é um *crime formal*, “isto é, que se aperfeiçoa com a simples manifestação do pensamento ultrajante e a percepção por terceiro ou pelo injuriado” (Euclides Custódio da

Silveira, *Direito penal — crimes contra a pessoa*, Ed. RT, S. Paulo, 1973, p. 232). Daí porque o crime “se consuma desde que a injúria chega ao conhecimento do ofendido ou de qualquer outra pessoa” (Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, Parte especial*, Forense, Rio de Janeiro, 1988, I/230). Conforme o magistério de Anibal Bruno, pode-se lançar a injúria “diretamente à vítima, chamando-a face a face de ladrão ou traidor, ou se pode dizer a B que C não é homem honrado, constituindo-se a injúria desde que a alegação chegue ao conhecimento do ofendido.” (*Direito penal — Parte especial*, Forense, Rio de Janeiro, 1966, t. 4.º, I/318).

Finalmente, é oportuno considerar que na injúria o sujeito passivo não precisa estar presente quando é proferida a expressão ofensiva, assim como se exige em relação ao desacato (cf. a doutrina citada no voto do Sr. Min. Octavio Gallotti, RHC 63.582 - PR, em RT 606/416).

18. Ocorrendo *ações típicas*, resta saber se elas são *ilícitas* e *culpáveis* para, em conjunto, configurarem o delito de injúria.

Em apropriada observação sobre os elementos constitutivos da injúria, particularmente quando ao bem jurídico atacado, Heleno Fragoso sustenta que é arbitrária a “distinção esquemática” feita por vários autores quando classificam a honra em *objetiva* e *subjetiva*. E arremata: “Todos os crimes contra a honra ofendem basicamente o mesmo bem jurídico, distinguindo-se apenas pela gravidade objetiva da ofensa” (ob. cit. p. 229).

19. Na lição escoreita de Francisco de Assis Toledo, o crime “é *ação típica*, *ilícita* e *culpável*”, enquanto a *ilicitude* (ou antijuridicidade) deve ser entendida como “a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de

sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”. (*Princípios básicos de direito penal*, Saraiva, S. Paulo, 1991, pp. 80 e 85 a 86).

A *ilicitude*, na espécie, resulta da ação voluntária dos querelados em oposição aos comandos normativos que tutelam a honra. A conformação do ilícito aparece não só pela perspectiva *geral* — quando se obriga a todos o respeito à honra alheia como bem jurídico da personalidade (Constituição, art. 5.º, X) — mas, também, e principalmente, sob a ótica *especial* das obrigações jurídicas e sociais impostas aos acusados pelo ordenamento positivo.

Com efeito, o primeiro querelado tem o dever de, como Presidente da República, assegurar as franquias inerentes à cidadania e ao livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, sob pena de cometer crime de responsabilidade (Constituição, art. 85, III).

Quanto ao segundo, as funções de *porta voz* ou *comunicador* que, em nome do Presidente da República se dirige à Nação e ao povo, impendem-lhe a postura e o vocabulário compatíveis com o relevo de sua missão institucional e social. Ele fala em nome do Presidente da República, como seu intérprete e preposto, razão pela qual, além dos encargos peculiares ao desempenho de suas funções, compete-lhe o dever geral imposto a todos os funcionários públicos de “*tratar com urbanidade as pessoas*” (Lei 8.112, de 11.12.1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais).

20. A liberdade de expressão do pensamento e de outros direitos fundamentais da pessoa humana, constituem, não somente condições ou pressupostos para a criação, a fusão e a incorporação dos partidos políticos (Constituição, art. 17).

Eles são, também, franquias essenciais para a efetiva militância de seus integrantes. E o querelante, na qualidade de Presidente do Partido dos Trabalhadores estava duplamente legitimado a participar dos debates em torno do projeto de emenda constitucional que antecipava o plebiscito sobre o sistema de governo, mais que a *faculdade* de opinar e de orientar, tinha ele o *dever* partidário e ético de tentar influir no resultado da votação, dentro dos limites constitucionais e legais da cidadania. E a cidadania foi erigida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição, art. 1.º, II).

21. Relativamente à *culpabilidade*, torna-se evidente a sua ocorrência tanto sob o plano psicológico (relação valorativa do autor sobre o fato próprio) como sob o plano normativo (relação valorativa da sociedade sobre o fato alheio).

Em síntese muito expressiva, Jescheck define a culpabilidade como a reprovação da formação da vontade (*Tratado de derecho penal - Parte general*, trad. de S. Mir Puig e Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, I/559). Para o mestre chileno Enrique Cury, "*La culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho*". Por conseguinte, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como *obra suya*" (*Derecho penal - Parte general*, Editorial Jurídica del Chile, Santiago, 1985, p. 1, grifos do original). Os três elementos estruturais da culpabilidade estão reunidos na espécie em exame: a) imputabilidade, ou seja, a capacidade de culpa; b) a possibilidade de compreensão da ilicitude (antijuridicidade) da conduta; e c) exigibilidade de comportamento conforme o Direito.

22. Desnecessário acentuar que as qualificadas funções institucionais dos querelados e o seu exercício dentro dos padrões regulares pressupõem não apenas a possibilidade do *auto-julzo* de censura pelo fato praticado como, também, o *juízo exterior* de reprovação ditado pela sociedade. Exige-se dos governantes e seus auxiliares o respeito aos valores individuais e coletivos que devem iluminar as ações do homem e da comunidade.

d) *Ausência de causas de justificação ou de isenção de pena*

23. Os elementos oferecidos com a consulta não permitem inferir a existência de causas que possam excluir a ilicitude (antijuridicidade) da conduta ou isentar seus autores da sanção penal.

O Presidente da República pode e deve ser reconhecido como sujeito ativo de infração penal, como autor ou partícipe de *crime comum* ou de *crime de responsabilidade*. Compreende-se na primeira categoria os delitos contra a segurança nacional e os eleitorais.

Sob a perspectiva da responsabilidade penal, a pessoa do chefe do Poder Executivo não fica à margem do sistema geral, embora submetido à disciplina penal especial quando se tratar de *crime de responsabilidade* (Constituição, art. 85 e Lei 1.079, de 10.4.1950) e ao foro do Supremo Tribunal Federal quando acusado de *crime comum*. O generoso princípio da *isonomia*, enunciado com a simplicidade e clareza que convém aos grandes comandos jurídicos ("todos são iguais perante a lei"), caracteriza um estágio avançado no plano das relações entre os governantes, os indivíduos e a sociedade. O regime jurídico de um Estado Democrático de Direito — assim como se declara no primeiro artigo de nossa lei fundamental — é inconciliável com privilégios que alimentam os preconceitos e fermentam as lutas de clas-

ses. O estágio atual da civilização e da cultura popular é incompatível com a fórmula da *imunidade absoluta*, assim como proclamava a Carta Política de 1824: "A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma" (art. 99).

e) Aptidão do procedimento adotado

24. A queixa foi regularmente ajuizada perante o STF que é o foro competente para conhecer da ação penal, na espécie (Constituição, art. 102, I, *b*) e satisfaz as exigências do art. 41 e demais disposições do Código de Processo Penal, estando apta ao ser recebida e processada até final decisão.

Conclusão

25. Em face do exposto, responde-se aos quesitos propostos;

1) Sim, o Presidente da República injuriou o querelado;

2) Sim, o *porta-voz* da presidência da República injuriou o querelado;

3) Os elementos integrativos do delito de injúria estão indicados nos itens 16 a 22;

4) Resposta nos itens 23 e 24;

5) Idem;

6) As considerações gerais e particulares sobre a natureza e características da causa estão distribuídas pelos itens 11 e ss.

É o Parecer, SMJ.

Curitiba, 30 de março de 1992.

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

DIREITO PENAL GREGO EM “ANTÍGONA”

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Procurador de Justiça e Professor de Direito Penal

1. Sinopse da obra — 2. O Direito Penal Grego — 3. Principais idéias penais em Antígona: 3.1 Período da Vingança Pública — 3.2 Concentração dos poderes numa só pessoa — 3.3 Ausência do Princípio da Reserva Legal — 3.4 Morte não extingue punibilidade — 3.5 Clamor social contra decisão injusta — 3.6 Parricídio e Incesto.

1. Sinopse da obra

Tragédia grega de Sófocles (496/406 a.C.), em seqüência a *Rei Édipo*, pois Antígona é filha deste. Édipo foi rei de Tebas. Matou o pai, o rei Laio, sem saber que era filho dele, e casou com a própria mãe, Jocasta, também ignorando o incesto. Dessa união nasceram Etéocles, Polínice (mortos em duelo), Antígona e Ismênia. Na tragédia “Antígona”, assume o reinado de Tebas Creonte, irmão de Jocasta. Por ordem do novo rei, Etéocles é sepultado com todas as honras, mas Polínice fica insepulto, pois se insurgira contra o poder. Antígona decide dar ao irmão Polínice a sepultura negada por Creonte. Convida Ismênia a participar da inumação proibida, mas esta não concorda. Presa ao concluir ao ritual de sepultamento do irmão, Antígona é, à força, levada à presença de Creonte, que a condena à morte. Hêmon, filho mais novo de Creonte e noivo de Antígona, suplica ao pai a revogação da sentença, afirmando que a cidade não a aprova. Mas Creonte insiste na execução de Antígona. Somente depois de algum tempo, por influência de um corifeu, Creonte resolve libertar Antígona (que deveria ser enterrada viva) e dar sepultura a Polínice, “obedecendo as leis que regem o mundo.” Mas era

tarde: Hêmon pratica o suicídio ao saber da morte de Antígona (que se enforcara). Creonte pede para ser morto, após tantas desgraças. Mas ouve do coro: “Não formule desejo... não é lícito aos mortais evitar as desgraças que o destino lhes reserva.”

2. O Direito Penal Grego

Eram diversos os estados na Grécia antiga; por isso, as legislações penais eram também diferentes, como anota Asúa.¹ Há apenas fragmentos de tais leis. O histórico do Direito Penal grego, então, é feito com base nos textos dos filósofos, poetas e dos oradores.

Brugi, citado por Asúa, assim se expressa: “Lo que nosotros llamamos Derecho griego, es — confesémoslo — una masa incoherente de pensamientos filosóficos, de interpretaciones oratorias de valor jurídico bastante dudoso, de normas más o menos verdaderas de leyes; pero la coordinación jurídica falta totalmente.”²

As mais importantes leis penais gregas da Antigüidade são as atenienses, que não se inspiravam, de forma absoluta, em princípios religiosos, mas nelas se afirma o conceito de Estado. O fundamento da pena era a vingança e a intimidação.

Jiménez de Asúa registra duas espécies de delitos em Atenas: os que atingiam direitos coletivos (punidos com penas cruéis e com maior arbítrio) e os lesivos a direitos individuais (penas mais leves). Informa ainda o mesmo jurista que os juízes podiam punir com fundamento na equidade, sem observância a um catálogo expresso de tipos penais (não havia, portanto, regra impondo o Princípio da Legalidade).³

Na mesma obra (*Tratado de Derecho Penal*, t. I), ensina Asúa que as leis espartanas eram caracterizadas pelo espírito heróico e sentido universalista: "Por eso castigaban especialmente al soldado cobarde en el combate; por eso se azotaba a los jóvenes afeminados, se imponían penas a los célibes, y por eso se ordenaba dar muerte a los niños que nacían deformes, dando com tal medida la más remota muestra de eugenesia."⁴

Finalmente, "en las leyes de Locris, las penas adquirieron el más expresivo simbolismo. Así, a los reos de delitos sexuales, se les sacaban los ojos, por ser la puerta por donde la pasión penetró. Las leyes de Carondas consideraban delito las lesiones personales, los atentados contra la propiedad que ponían en riesgo a las personas, el frecuentar malas compañías, etc. En las leys de Grotyna, sólo se encuentran algunas reglas sobre los delitos sexuales que estaban sujetos a la composición."⁵

A conclusão a que se chega, a partir dessas idéias e com base em Thonissen, é a de que o Direito Penal Grego, especialmente o de Atenas, marcou a passagem do direito oriental para o direito ocidental. A ele coube o mérito de afastar a influência religiosa, marcante na Antiguidade Oriental, e dar início à humanização da pena.⁶ Apesar disso, a justiça penal refletia as dificuldades da época, constituindo-se em meio de preservação do poder pelos governantes.

3. Principais idéias penais em Antígona

O texto de Sófocles permite analisar algumas idéias penais vigentes no Direito Grego do IV Século antes de Cristo, como a prevalência da Vingança Pública, a concentração dos três poderes pelo soberano, a ausência do Princípio da Legalidade, a não extinção da punibilidade pela morte, o clamor social contra a decisão injusta, as noções de dois crimes (parricídio e incesto).

Vamos analisar, de forma sumária, esses temas fundamentais extraídos de *Antígona*.

3.1 Período da Vingança Pública

Tomando-se a aplicação da pena como referência, os historiadores consideram cinco os períodos vividos pela Humanidade: *Vingança Privada* (caracterizada pela reação pessoal do ofendido contra o agressor), *Vingança Divina* (castigo imposto para purificar a alma e satisfação da divindade), *Vingança Pública* (punição aplicada pelo soberano, com o objetivo precípuo de manter o seu poder), *Período Humanitário* (a partir das idéias do Marquês de Beccaria) e *Período Criminológico* (fundado por César Lombroso).

Fica evidenciado que o Direito Penal Grego retratado em *Antígona* situa-se no Período da Vingança Pública. Creonte, o soberano, expressa claramente a imposição da pena de morte a Antígona para a demonstração de seu poder: "Quem, por orgulho e arrogância, queira violar a lei, e sobrepor-se aos que governam, nunca merecerá meus encômios! O homem que a cidade escolheu para chefe deve ser obedecido em tudo, quer seus atos pareçam justos, quer não! Quem assim obedece, estou certo, saberá tão bem executar as ordens que lhe forem dadas, como comandar, por sua vez; e será, na guerra, um aliado valoroso e fiel. Não há calamidade pior

do que a rebeldia; ela é que arruina os povos, perturba as famílias, e causa a derrota dos aliados em campanha. Ao contrário, o que garante os povos, quando bem governados, é a voluntária obediência!"

No diálogo que mantém com seu filho Hêmon, Creonte revela, mais uma vez, a necessidade de punir para preservar seu poder:

Creonte: "Miserável! Por quê te mostras em desacordo com teu pai?"

Hêmon: "Porque te vejo renegar os ditames da Justiça!"

Creonte: "Por acaso eu a ofendo, sustentando minha autoridade?"

3.2 Concentração dos poderes numa só pessoa

A clássica divisão dos poderes do Estado, proposta por Montesquieu — "para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste"⁷ — não era nem de longe observada na Grécia de Antígona. O rei legislava (às vezes para o caso concreto), julgava as pessoas e exercia as funções executivas.

Creonte chega a indagar ao filho, quando Hêmon contesta a punição imposta a Antígona: "Então cabe à cidade impor-me as leis que devo promulgar?"

Assim decidiu quando proibiu que Polínice fosse sepultado. E depois, ao revogar a proibição.

Administra a cidade, elabora as leis que a comandam, e assume a função de julgador. Como juiz, absolve Ismênia ("Será poupada a que nada fez") e condena Antígona ("Levá-la-ei a um sítio deserto; e ali será encerrada, viva, em um túmulo subterrâneo, revestido de pedra, tendo diante de si o alimento suficiente para que a cidade não seja maculada pelo sacrilégio.").

Revela-se claramente o despotismo predominante, com seu princípio fundamental — a imposição do temor para assegurar o poder.

Não há qualquer indício de justiça penal, de participação do povo nas decisões. O rei, quando muito, ouve os conselheiros que integram a sua corte.

3.3 Ausência do Princípio da Reserva Legal

O Princípio da Legalidade, ou da Reserva Legal, considerado uma das mais importantes garantias da pessoa humana, nem remotamente era respeitado na Grécia de Creonte e de Antígona.

O *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, formulado por Feuerbach, tem sua origem discutida. A maior parte dos penalistas considera a Magna Carta do Rei João (Inglaterra, 1215) como a nascente do princípio.⁸ Outros, como Asúa, encontram vestígios desse dogma na legislação ibérica de 1188.⁹

Mas podemos encontrar no Direito Romano regra semelhante, como bem anota Manzini, ao comentar a instituição do Direito Penal Público Romano, a partir da Lei Valéria:

"In tal modo ha origine il principio anche oggi dominante: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, cosí espresso nel Digesto: *Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est.*"¹⁰

De qualquer forma, na Grécia de Antígona, como o rei concentrava todo o poder em suas mãos, não poderia haver regra semelhante. Crimes e penas eram definidos conforme a conveniência do soberano:

Creonte: "E por acaso não foi um crime o que ela (Antígona) fez?"

Hêmon: "Não é assim que pensa o povo de Tebas!" (...)

Creonte: "E é em nome de outrem que estou governando neste país?"

Hêmon: "Ouve: não há Estado algum que pertença a um único homem."

Creonte: "Não pertence a cidade, então, a seu governante?"

Hêmon: “Só num país inteiramente deserto terias o direito de governar sozinho!”

3.4 Morte não extingue punibilidade

Outro aspecto interessante notado em *Antígona*: não prevalecia o princípio da *Mors omnia solvit*. Por mais que Polínice tenha afrontado o poder do soberano, não poderia sofrer uma condenação após a morte.

O moderno Direito Penal considera essencialmente pessoal a responsabilidade criminal. Em razão disso, a morte do agente faz com que o Estado perca o *jus puniendi*, não se transmitindo a seus herdeiros qualquer obrigação de natureza penal.

Ao proibir as honras da sepultura a um dos irmãos de Antígona (Polínice), o soberano impõe uma punição ao morto. E ainda considera crime o encerramento do corpo dele num túmulo, ou que “sobre este derramem suas lágrimas.”

Assim agiu o tirano porque Polínice morreu em duelo com o irmão Etéocles (também morto) e não pôde, em vida, sofrer a punição que lhe estava reservada. Daí a proibição da sepultura, para que seu corpo ficasse exposto às aves carniceiras... O tirano impõe o seu poder pelo temor, atingindo até o morto.

3.5 Clamor social contra decisão injusta

Aspecto altamente positivo, no aspecto humanístico, é notado nas passagens onde fica evidente o clamor da população contra as injustiças do tirano de Tebas.

É verdade que, ao sepultar o corpo do irmão, Antígona age sozinha. Mas não merece a reprovação social e, em razão disso, a condenação dela por Creonte faz com que a população considere injusta tal decisão.

Várias passagens revelam que o tirano não encontra apoio na população, como os já transcritos diálogos entre Creonte e Hêmon.

E, quando isso ocorre, está evidenciado que a Justiça deve prevalecer sempre que haja uma contradição entre ela e o Direito Positivo.

Num sistema de concentração de poderes, como o de Tebas, fica difícil encontrar a possibilidade de apelação da sentença ou da revisão do julgamento. Afinal, a existência do direito de recurso está condicionada a dois ou mais graus de jurisdição. Se a sentença já partiu do rei — o órgão decisório máximo — a quem recorrer?

O texto de Sófocles, apesar disso, mostra que Creonte, temendo as previsões de desgraças por parte de Tírsias e os argumentos do Corifeu, decide reformar a condenação imposta a Antígona.

Recusa o apelo, de início (“Por nenhum preço ouves tu? Me farás mudar de idéias!”). Mas depois decide anular a condenação (“Ceder é duro; mas resistir, e provocar a desgraça certa, não o é menos!”).

E proclama a nova sentença:

— Vinde todos vós, ó servos! com vossos machados! Correi para aquela colina, que daqui se avista! Eu próprio, visto que mudei de resolução, eu próprio, que ordenei a prisão de Antígona, irei libertá-la! Agora, sim, eu creio que é bem melhor passar a vida obedecendo as leis que regem o mundo!

3.6 Parricídio e Incesto

Além do crime de Antígona, que poderíamos chamar de desobediência, dois outros estão bem definidos no texto, embora focalizados com maior amplitude em *Rei Édipo*: o parricídio e o incesto.

O primeiro, o homicídio praticado pelo filho contra o pai, é depois intro-

duzido na legislação romana para incriminar a eliminação da vida de todo *pater familias*. E o incesto, igualmente abominável na época, consistia na relação sexual entre consangüíneos.

No caso de Édipo, embora considerados trágicos e causadores de desgraças, os crimes não provocam a repulsa observada freqüentemente. Isso se deve, indiscutivelmente, à ausência do elemento subjetivo da infração penal, hoje conhecida por *dolo*.

O escritor J.B. Mello e Souza assim analisa a prática dos crimes por Édipo: "Tamanho o prestígio do *Fatum* para os gregos, que o herói de Sófocles se persuade de haver cometido dois crimes abomináveis, sabe que os cometeu inconsciente e involuntariamente, e não protesta em altos brados, como seria de esperar, contra essa crueldade dos deuses, que o punem de modo atroz pela prática de monstruosidades de há muito previstas, e das quais ele procurou fugir por todos os meios a seu alcance. Só na segunda tragédia, o *Édipo em Colona*, é que se verá reagir o miserando rei, acusado por Creonte, e exclamar: "Por acaso, se fosses agredido por um desconhecido numa estrada deserta, irias, antes de te defender, indagar se aquele homem era teu pai?"¹¹

Neste ponto, ainda que rapidamente, notamos a idéia de um sentimento natural, que mais tarde ficou consagrado em todo o Direito Penal: a *legítima defesa*.

Bibliografia

Anibal Bruno, *Direito Penal*, Forense, 1959.

Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, Ed. Max Limonad, 1980.

Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, Saraiva, ed. 1991.

Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Forense, 1987.

Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1980 (edição atualizada por Heleno Cláudio Fragoso).

NOTAS

1. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, T. 1, p. 239.

2. Idem, p. 240.

3. Idem, p. 239.

4. Idem, pp. 239/240.

5. Idem, p. 239.

6. Idem, p. 240. Refere-se à obra *Études sur l'histoire du Droit Criminel des peuples anciens*, Bruxelas, 1869, 2 vs, de Thonissen.

7. Montesquieu, *O Espírito das Leis*, tradução de Pedro Vieira Mota, Saraiva, 1987, p. 24.

8. E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 23.ª ed. 1985, atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, 1/67.

9. Asúa, ob. cit. 2/33.

10. Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1926, 1/41).

11. J.B. Mello e Souza, prefácio, introdução e notas às obras *Rei Édipo*, *Antígona* e *Prometeu Acorrentado*, Ediouro.