

REVISTA BRASILEIRA DE

Dupl.

ciências criminais

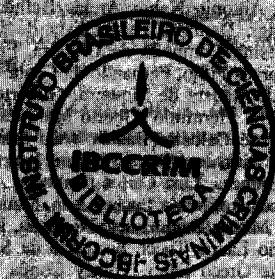
ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 1 - n. 2 - abril-junho - 1993

2

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS



ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Composição no biênio 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 2, AB-JUN/93

Diretor: Alberto Silva Franco

Conselho diretivo: Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, José Henrique Pierangelli, Luiz Flavio 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; Berenice Maria Gianella, Carlos Mário Veloso Filho, David Teixeira de Azevedo, Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., Edson Torihara, Eliana Passarelli, Helena Rosa Rodrigues Costa, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Reynaldo de Almeida, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luciana Ferreira Leite Pinto, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz 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 Mauricio Genofre, Rodrigo Cezar Rebello Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto, Tatiana Viggiani Bicudo.

Colaboradores permanentes:

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adauto Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damasio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Dirceu Rocha Lima, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco Assis Toledo, Geraldo Faria Lemos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelovsky, 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 Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecília Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Entidade Colaboradora: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678

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

CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Fotocomposição e diagramação: ARTELEISER COMPOSITORA LTDA., Rua do Hipódromo, 94 - CEP 03051-000 - São Paulo, SP — **Impressão/Acabamento:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Nós somos partes de um País especial, que num átimo, é capaz de sair, apesar de todos nossos convulsivos contrastes políticos, econômicos e sociais, de uma posição de total depressão para um clima de grande otimismo. Nós somos assim: uma sociedade que se movimenta, com rapidez entre posições extremadas e, por isso, dotada, quase ao mesmo tempo, da capacidade de acreditar e de descrever, de ter esperança e de desanimar. O pêndulo é um toque nosso, o nosso símbolo. A enorme euforia que se seguiu à queda do Governo Collor, sucedeu um clima de profundo desalento e a confiança no futuro, surgida entre os brasileiros, desapareceu, por variadas razões que não vêm a pêlo explicitar, como num passe de mágica.

No instante do fechamento do segundo volume da nossa Revista Brasileira de Ciências Criminais, um alento de fé empurra, de novo, o País na direção da crença, no sentido de uma atitude positiva. A notícia de que se busca, com seriedade e eficiência, equacionar a situação econômica brasileira foi suficiente para despertar expectativas reprimidas; de abrir, à escâncaras, novas esperanças. Oxalá a realidade se incumba de provar que o caminho escolhido está certo, detendo o pêndulo, por tempo bem maior, na posição ascendente.

Na linha de um posicionamento claramente confiante e, de caráter otimista, sem perder de vista os obstáculos a enfrentar, a Revista procura ser, na sua área de atuação, um atestado da convicção de muitos brasileiros de que o Brasil é viável e de que todos esforços, no sentido de transformá-lo, são válidos. Por isso, persiste, no papel de informar e de dar espaço crítico a todos os operadores das Ciências Criminais.

No presente número, em tema de doutrina estrangeira, são publicados a primeira parte do magnífico trabalho do Prof. Carlos Maria Romeo Casabona, sobre a tormentosa questão da AIDS; a brilhante conferência proferida, em São Paulo, em novembro de 1992, pelo Prof. Cerezo Mir, a respeito da distinção entre sanções penais e administrativas, e o interessante trabalho do Prof. Elio Morselli sobre a influência italiana no pensamento jurídico penal anglo-saxão. No campo da doutrina brasileira, as contribuições mostram-se, também, de especial relevo. Sob o ângulo da dogmática penal, merecem ressaltos os excelentes artigos de David Teixeira de Azevedo ("A culpabilidade e o conceito tripartido de crime") e de Luiz Flávio Gomes ("Medidas de Segurança e seus limites"). Em termos criminológicos, são de grande valia as observações de Márcio Bártoli ("O lado benéfico do crime") e o trabalho do Prof. Alvino Augusto de Sá ("Equipe Criminológica: Convergências e Divergências"). Em matéria processual penal, devem ter particular destaque as colaborações preciosas de Maria Lúcia Karam ("Prisão e Liberdades Processuais"), de Márcio Gaspar Barandier ("A prova ilícita no processo penal") e de Sérgio de Oliveira Médici ("Processo de Execução Penal"). Dois assuntos de grande atualidade — a privatização de presídios e a

desburocratização do procedimento sumário — são ainda versados, com competência e visão crítica, por Sérgio de Oliveira Médici e, conjuntamente, por Pedro Henrique Demercian e Martha de Toledo Machado. Três pareceres primorosos enriquecem o volume 2 da Revista: “O princípio da indivisibilidade da Ação Penal Pública”, do Prof. Fernando da Costa Tourinho Filho; “Suspeição de Magistrado (Caso: Presidente da República x Folha de São Paulo)”, do prof. René Ariel Dotti e “Configuração do crime de tráfico interno de entorpecentes”, do Prof. Rogério Lauria Tucci. Trabalho forense, de grande fôlego e de excepcional qualidade técnica, é também incluído: “Crime de curandeirismo e liberdade de culto”, dos Profs. Antonio Evaristo de Moraes Filho, Arthur Lavigne e Paulo Freitas Ribeiro. Além desses estudos doutrinários estrangeiros e nacionais, nossa Revista não se descurou das seções permanentes, apresentando novo e atraente material dogmático e jurisprudencial.

Ao apresentar novo volume do ano de 1993, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* espera atender, plenamente, aos objetivos que lhe serviram de norte e corresponder, por inteiro, às expectativas do público leitor.

CONSELHO DIRETIVO

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

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

Responsabilidade médico-sanitária e AIDS (primeira parte) — CARLOS MARIA ROMEO CASABONA	7
A contribuição italiana ao pensamento jurídico-penal anglo-saxão — ELIO MORSELLI	21
Sanções penais e administrativas no Direito Espanhol — JOSÉ CERREZO MIR	27

DOCTRINA NACIONAL

Equipe criminológica: convergências e divergências — ALVINO AUGUSTO DE SÁ	41
A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime — DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO	46
Privatização de presídios — LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL	56
Medidas de Segurança e seus limites — LUIZ FLÁVIO GOMES	64
A prova ilícita no Processo Penal — Breves comentários — MÁRCIO GASPAR BARANDIER	73
O lado benéfico do crime — MÁRCIO BÁRTOLI	77
Prisão e liberdade processuais — MARIA LÚCIA KARAM	83
A desburocratização do procedimento sumário — PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN — MARTHA DE TOLEDO MACHADO	94
Processo de execução penal — SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI	98

PARECERES

O princípio da indivisibilidade de ação penal pública — FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO	107
Suspeição de Magistrado — RENÉ ARIEL DOTTI	117
Tráfico interno de entorpecente — ROGÉRIO LAURIA TUCCI	127

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O caso Pontes Visgheiro — RENÉ ARIEL DOTTI	139
--	-----

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES — RUI STOCO

I — Jurisprudência Comentada

Julgamento do Prefeito pelo Tribunal de Justiça — CF/88, Art. 29, VIII — Instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia por iniciativa do Promotor de Justiça — Inadmissibilidade	151
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

“Sursis” — Admissibilidade ou não da imposição de prestação de serviços comunitários gratuitos como condição — ÁLVARO BUSANA ..	157
O emprego de arma no roubo — LUIZ CARLOS BETANHO	158
Desclassificação de roubo para furto em recurso exclusivo da acusação — LUÍS FERNANDO C. DE BARROS VIDAL	159
Roubo duplamente qualificado — Fixação da pena — Majoração máxima — Inadmissibilidade (<i>Grupo Penal do Serviço de Apoio Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado</i>)	163

JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

“Habeas corpus” (Terceira parte) — ALBERTO SILVA FRANCO	166
---	-----

JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Licitude do ato no Direito Civil — STJ — Inq. 33-0 — Corte Esp. — j. 11.6.92 — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	209
Competência — Ação penal — Prefeito Municipal — STJ — HC 1.372/3 — 5ª T. — j. 5.10.92 — rel. Min. José Dantas	218
Anistia — Crime relacionado com crime político ou praticado por motivação política — TJSP — HC 131.798-3/2 — 4ª C. — j. 13.10.92 — rel. Des. Péricles Piza	223
Prevaricação e quadrilha — Denúncia inepta por carência de descrição típica — TJSP — HC 129.895-3/5 — 1ª C. — j. 24.8.92 — rel. Des. Andrade Cavalcanti	225
Tráfico de entorpecentes — Fornecimento não habitual — Desclassificação para o art. 16 da lei de tóxicos — TJSP — Apcrim. 9.643 — 1ª T. — j. 1.10.92 — rel. Des. Hermenegildo Gonçalves	229
O abuso do poder do Magistrado — TACRIMSP — MS 227.910/1 — j. 1º.10.92 — rel. Juiz Haroldo Luz	231

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON	235
--	-----

TRABALHOS FORENSES

Crime de curandeirismo e liberdade de culto — ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO, ARTHUR LAVIGNE E PAULO FREITAS RIBEIRO	255
--	-----

LEGISLAÇÃO	278
-------------------------	-----

NOTICIÁRIO	283
-------------------------	-----

DOUTRINA INTERNACIONAL

RESPONSABILIDADE MÉDICO-SANITÁRIA E AIDS (PRIMEIRA PARTE)*

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Direito Penal da Universidade de La Laguna

I — O DEVER DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AOS PACIENTES DE AIDS. 1. Introdução — 2. Fundamento jurídico geral da obrigação de assistência — 3. Concretização do dever de assistência e de tratamento — 4. Deveres de assistência com relação aos pacientes penitenciários: 4.1 Assistência sanitária penitenciária — 4.2 Assistência sanitária ou hospitalar extrapenitenciária — 5. Responsabilidade penal em caso de inassistência — 6. Causas de exclusão da responsabilidade penal — 7. O problema dos custos: restrições de política econômica sanitária? II — LIBERDADE E OBRIGATORIEDADE DE SUBMETIMENTO A TRATAMENTO. 1. Consentimento mediante informação — 2. Rejeição ao tratamento por motivos pessoais — 3. Imposição do tratamento por motivos de saúde pública — 4. Tratamentos com medicamentos novos ou em fase de pesquisa — 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 anti-corpos 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 dos testes — 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 confidência.

O chamado Síndrome da Imuno-Deficiência Adquirida está colocando numerosos e complexos problemas de diversa natureza já conhecidos por todos, destacando-se antes de tudo os humanos, sanitários e sociais. E o direito não tem se subtraído aos efeitos que comportam as novas situações geradas por dito síndrome, cujos problemas, numerosos e de variadíssima natu-

reza, são igualmente difíceis de resolver. De qualquer forma, os juristas apontam que a luta contra essa epidemia não se resolverá mediante o recurso ao Direito, nem muito menos através de seus instrumentos repressivos, contidos sobretudo no Direito Penal.¹ Trata-se de

* Tradução de Helios Alejandro Nogués Moyano.

lutar antes de tudo contra uma doença, principalmente com meios científicos e sanitários, não contra quem a padece ou se vê involuntariamente implicado nela em virtude de sua profissão. Sem embargo, é certo que o Direito tem um pequeno papel a desempenhar, apelando à responsabilidade social e individual para prevenir sua extensão, e lembrando às autoridades e aos profissionais a importância e transcendência que podem ter suas decisões e atuações, face às responsabilidades que contraíram com relação à proteção da vida e da saúde humana.

Em continuação aponto algumas reflexões que em nenhum caso devem ser consideradas definitivas nem isentas de opiniões divergentes, mas que pretendem contribuir com alguma luz no âmbito jurídico, especialmente no Penal. A complexidade jurídica que as atuações médicas colocam em relação a esta doença contagiosa, e que portanto precisam de uma maior atenção analítica não nos deve fazer olvidar as importantes funções que correspondem às autoridades sanitárias, em especial àquelas a quem incumbe de forma imediata tomar decisões e apontar meios relativos à prevenção da transmissão do vírus HIV ou de proteção reforçada de determinadas pessoas (os internos penitenciários), e as graves responsabilidades (penais ou civis) em que poderiam incorrer por ação ou omissão (baseada esta na freqüente posição de garantidor que ocupam em relação aos profissionais e usuários), como abordaremos colateralmente em algum momento; assim como as responsabilidades que podem corresponder aos pacientes ou outras pessoas portadoras de anticorpos do citado vírus, tanto em relação a terceiros quanto aos próprios profissionais médico-sanitários. Feito este esclarecimento, me centrarei exclusivamente nos problemas específicos que tem se suscitado em

relação à intervenção médico-sanitária em pacientes afligidos pela doença, assim como na prevenção de sua transmissão a outros pacientes que apresentem patologias diversas não vinculadas com a Aids, mas que requerem tratamentos que implicam certo risco de ser-lhes transmitida a síndrome.

I — O dever de assistência médica aos pacientes de Aids

1. Introdução

A necessidade de tratamento de um paciente de Aids² requer a adequada assistência por parte dos médicos e demais profissionais sanitários, inclusive em ocasiões de caráter intensivo. No entanto, dada a natureza contagiosa e incurável da doença e seu prognóstico freqüentemente mortal, em algumas ocasiões já se colocou a possibilidade do rechaço em assumir o tratamento com o fim de furtar-se a tais riscos, evitando dessa forma serem contagiados, como se afirma ter ocorrido em algum caso isolado ao tratar destes pacientes ou ao manipular alguma substância orgânica proveniente deles ou algum instrumento infectado, principalmente sangue, seringas e bisturis. É certo que esta situação não se produz com muita freqüência atualmente, por estarem conscientes os profissionais da saúde pública da obrigação de tratar qualquer paciente sem nenhum tipo de discriminação por causa de sua doença e por ser-lhes possível adotar medidas não excessivamente gravosas que previnam dito contágio. Apesar disto, parece conveniente deter-se em estabelecer como se gera juridicamente o dever de assistência e nas conseqüências jurídico-penais de seu descumprimento. Que esta questão não é puramente teórica se comprova porque a Organização Médica Colegial estimou necessário ou conveniente marcar e di-

vulgar “Normas de Conduta” em relação à Aids (26.6.87), apoiando-se nas competências atribuídas à mesma pelo RD 1018/1980, 19 de maio (Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial), em seu art. 3.4. De acordo com elas, se lembra aos colegiados que não podem negar-se à assistência destas pessoas, posto que os doentes de Aids têm os mesmos direitos que qualquer paciente infeccioso, sem prejuízo, portanto, da adoção de medidas de prevenção e higiene, sendo que em caso de negativa se promoverá o procedimento deontológico oportuno.

2. Fundamento jurídico-geral da obrigação de assistência

A LGS, que desenvolve o mandato constitucional do direito à proteção da saúde e cuja obrigação correspondente se impõe aos poderes públicos — concretamente, organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários — (art. 43.1 e 2 CE), assinala que são titulares do direito à proteção da saúde, e à atenção sanitária, todos os espanhóis e os cidadãos estrangeiros que tenham estabelecido sua residência no território nacional (art. 1.2). Portanto, todo cidadão espanhol que adoeça tem direito a assistência sanitária, não havendo dúvida quanto à importância deste direito para os pacientes em geral.

O princípio da igualdade, em sua vertente social ou econômica, deu lugar para que a LGS declarasse que a assistência sanitária pública se estenderá a toda a população espanhola, que o acesso e as prestações sanitárias se realizarão em condições de efetiva igualdade e que a política de saúde estará orientada à superação dos desequilíbrios territoriais e sociais (art. 3.2 e 3).

Alguns dos direitos que contempla o art. 10 da LGS são consequência daque-

le da assistência sanitária, e podem ter um especial interesse para os aidéticos: informação sobre os serviços sanitários a que pode ter acesso e requisitos necessários para o seu uso (art. 10, n. 2); a que se lhe forneça um médico (art. 10, n. 7); a atestado médico (art. 10, n. 8); a participar das atividades sanitárias (art. 10, n. 10); a utilizar as vias de reclamação e propor sugestões (art. 10, n. 12); a escolher o médico nas condições estabelecidas (art. 10, n. 13); a obter medicamentos (art. 10, n. 14). E fora deste preceito, a LGS estabelece o dever de informar por parte dos poderes públicos aos usuários sobre os serviços do sistema sanitário público (ou vinculados a ele), assim como de seus direitos e deveres (art. 9), o que em seu momento garantirá uma adequada assistência. Mais importante para o tema que nos ocupa, e pela suscetibilidade de discriminação de alguma entidade de que podem ser objeto os pacientes de Aids, é o estipulado no n. 1 deste art. 10, quando declara que o direito dos pacientes “al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical”³.

3. Concretização do dever de assistência e de tratamento

Em consequência, o médico e o pessoal sanitário em geral tem a obrigação de tratar de qualquer paciente, ainda que seja infecto-contagioso, sem que ao realizar o tratamento e demais cuidados correlatos possam ser objeto de qualquer discriminação. Incumbe em particular aos médicos e demais profissionais sanitários do sistema público de saúde (Sistema Nacional de Saúde), assim como aos que pertencem a estabelecimentos ou centros sanitários priva-

dos vinculados mediante convênios (art. 66 LGS), ou ajuste (art. 90.6 LGS) com o sistema público, de acordo com a natureza e extensão das obrigações assistenciais contraídas neste sentido. O dever surge desses preceitos e da relação que se cria como assegurado ou como titular da prestação, por lei ou por contrato, entre a instituição e o profissional sanitário, por um lado, e o paciente, por outro.

Obrigação semelhante se estabelece (neste caso, pela relação contratual prévia existente) entre as companhias privadas e os assegurados, se se encontra implícito este tratamento no quadro de prestações às que aquelas se obrigam.

Quanto aos médicos que exercem livremente sua profissão, sem que exista uma vinculação prévia com o paciente, deve ter-se em conta que em virtude do princípio da liberdade contratual que rege neste âmbito, aqueles podem negar-se a aceitar o paciente ou o suspeito de soropositividade,⁴ sem prejuízo de que lhe forneçam as orientações oportunas encaminhadas a dirigir-lhe a um centro onde possa ser atendido adequadamente. Inclusive tal direito se converte em obrigação quando o médico carece de conhecimentos adequados sobre esta doença e de meios ou técnicas suficientes (a não ser que possa solicitar a colaboração de um colega que conte com eles) para diagnosticá-la e prosseguir o tratamento indicado. Sem embargo excepcionalmente, devem assumir a assistência do paciente, em casos muito graves e urgentes, quando seja impossível acorrer a outro médico ou centro sanitário, podendo dar lugar inclusive a responsabilidade penal pelo delito de omissão do dever de socorro, ou na falta correspondente, por não fornecer aquela mínima orientação ou informação indicada, como veremos depois. Em termos gerais, o mesmo regime impera quando o paciente solicita assistência a um centro privado.

4. Deveres de Assistência com relação aos pacientes penitenciários

De acordo com os princípios mencionados e a regulamentação específica, os enfermos de Aids em regime penitenciário tem os mesmos direitos de assistência que qualquer outro paciente.

Antes de continuar convém aludir ao art. 25.2 (segundo inciso) da Constituição Espanhola (CE): "El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". A este respeito a Lei Orgânica Geral Penitenciária (LGP) de 26.9.79 é o suficientemente explícita, e em particular sobre a questão que estamos tratando assiná-la que "la Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos" (art.3, § 2º, 4). Neste contexto, também recai diretamente sobre a Administração Penitenciária o mandato constitucional que a CE impõe aos poderes públicos com relação ao direito à proteção da saúde de todos os cidadãos (art. 43 CE).

De qualquer forma, o tratamento do interno deve ser concebido como um direito, estando por isso legitimado a recusá-lo, de acordo com o que dispõe a LGS (art. 10.9), sem que o previsto no art. 10.6 da mesma, nem na LO de Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública de 14.4.86, pareçam aplicáveis nestes casos, ao menos na circunstâncias atuais, embora tudo isto seja analisado mais adiante. A este respeito deve lembrar-se mais uma vez que também é aplicável aos enfermos penitenciários o que a LGS estabelece como princípio geral, isto é, de que a extensão da assistência sanitária pública se estenderá a toda a população espanhola e que o acesso e as prestações sanitárias se

realizarão em condições de efetiva igualdade (art. 3.2),⁵ e que todos tem um conjunto de direitos com respeito às distintas administrações públicas sanitárias, sobretudo quanto a sua personalidade, dignidade humana e intimidade, sem que possam ser discriminados por motivos de raça, de tipo social, de sexo, moral, econômico, ideológico, político ou sindical (art. 10).

Em resumo, seja quais forem as alternativas que se adotem — isoladas ou de forma sucessiva — segundo se mencionam a continuação, deverão dirigir-se a facilitar um tratamento eficaz e o mais rápido possível para reduzir os efeitos da infecção ou da doença com o fim de evitar seus efeitos ou seqüelas mais perniciosas e para garantir que a população carcerária (preventiva ou em cumprimento) também tenha acesso ao tratamento adequado numa situação de igualdade em relação aos demais cidadãos, sem que isso seja prejudicado pela sua condição de privação de liberdade. Nada obstante, dado o regime especial a que estão submetidos, sobretudo sua situação de privação de liberdade, convém expor as peculiaridades a que pode estar submetido seu tratamento.

4.1 Assistência sanitária penitenciária

A Administração Penitenciária deve contar em cada centro com pelo menos um médico geral com conhecimentos psiquiátricos, o qual poderá solicitar a colaboração de especialistas (art. 36.1 da LGP), que deverá ser autorizada pelo Diretor do Centro (art. 290 do Regulamento Penitenciário, RP). A LGP menciona também as dotações que devem ter todos os estabelecimentos para a prestação da assistência sanitária e, em particular, uma dependência destinada à observação psiquiátrica e à atenção dos toxicômanos, assim como uma unidade

para enfermos contagiosos (art. 37 da LGP e art. 145.2 do RP). Para tais objetivos existem também os hospitais penitenciários (art. 11.a e 36.2 da LGP), que de fato se reduz ao Hospital Geral Penitenciário de Carabanchel, ademais dos psiquiátricos.⁶

O problema radica em determinar até que ponto os serviços de cada estabelecimento penitenciário ou, inclusive, os (o) hospitais penitenciários tem capacidade real de meios e de especialização para atender todos os casos que se lhes apresentem, seja de acompanhamento dos soropositivos, seja de tratamento aos infectados pela Aids ou do complexo relacionado com ela. Ao menos para os infectados assintomáticos detectados se deveria contar com a possibilidade que confere a lei da colaboração de especialistas nestas patologias, dados os impedimentos legais e fáticos que implicaria o tratamento ambulatorial, quando pudesse parecer medicamente necessário porém suficiente e preferível à hospitalização, ainda que tais impedimentos poderiam ser superados mediante a classificação no terceiro grau do interno que já apresente sintomas da doença e seu correspondente passo para o regime aberto, etc., sempre que oferecer algumas mostras de reação favoráveis às medidas de assistência e de apoio à sua situação já prestadas; para os que ainda são apenas soropositivos não parece que os controles a que devem ser submetidos exijam tais medidas.

Por outro lado, a obrigação de um reconhecimento inicial por parte do médico aos internos que ingressem num estabelecimento, ademais de outras finalidades que pretende cobrir de garantia em favor daqueles ou de prevenção pode servir para o descobrimento precoce da enfermidade e adotar as medidas de assistência que estamos analisando (art. 40 da LGP e art. 140 do RP).⁷

4.2 Assistência Sanitária ou Hospitalar Extrapenitenciária

As previsões nesta matéria, contempladas num RD anterior à LGP⁸, tem sido atualizadas e desenvolvidas pelo RD de 30.3.88. O novo art. 147 do RP prevê que o tratamento clínico ou cirúrgico que requeira assistência hospitalar se efetue em Centros Hospitalares dependentes de outras Administrações Públicas não penitenciárias, quando seja necessário por não existir Centros Hospitalares Penitenciários próximos ao lugar onde fique o estabelecimento no qual se encontra o interno ou por ser aqueles inadequados para uma correta assistência. Este seria o caminho inicial mais idôneo para o tratamento dos internos que apresentem quadros patológicos vinculados com a doença, para o qual, dada a gravidade do caso e o importante que é contar com assistência adequada e precoce, quer dizer, desde as primeiras fases da enfermidade, deveriam agilizar-se os procedimentos administrativos que o próprio RP estabelece no referido art. 147.⁹ Em relação a isso não vejo inconveniente em que o médico do estabelecimento proponha ao Diretor a transferência ao Centro Hospitalar, e que este a determine, com base na existência de razões de urgência, de acordo com as previsões do RP a este respeito (art. 147.2.3), em vez de seguir o procedimento normal (art. 147.2.1), pelos prejuízos que poderia provocar o atraso prolongado na assistência.

Tampouco deveriam deixar-se ao esquecimento as possibilidades que oferece o RP em seu art. 57.1.5 para presos classificados no terceiro grau que, por apresentarem problemas de toxicomania, precisem de um tratamento específico, em cujo caso possam ser autorizados a serem assistidos em instituições extrapenitenciárias adequadas, públicas ou privadas. Poderia recorrer-se a esta via como procedimento indireto de

assistência aos portadores de anticorpos toxicômanos, iniciando seu tratamento "desabilitador" e reduzindo com isso os riscos de nova infecção, o que por sua vez permitiria submeter-lhes ao tratamento específico com sua soropositividade.¹⁰

5. Responsabilidade Penal em caso de inassistência

A negativa em iniciar ou continuar o tratamento de um paciente com estas características poderia dar lugar a diversas formas de responsabilidade penal por parte do médico e demais pessoal sanitário, assim como por parte das autoridades sanitárias ou administrativas ou de gestão pelas decisões que a respeito houverem tomado de forma incorreta ou houverem deixado de adotar, de acordo com suas competências na matéria.

Em primeiro lugar, se existe uma relação fática prévia entre o que solicita ou necessita a assistência e o médico ou o centro derivada da lei (condição de filiado à Previdência Social, significando neste caso ter iniciado já o tratamento; interno penitenciário) ou de um contrato (companhias privadas de seguros de assistência sanitária; aceitação da consulta privada), haveria que determinar se esta situação fática de assunção dos cuidados do paciente apoiada nesta relação jurídica não implica já numa posição de garantidor em relação àquele por parte do médico e dos responsáveis do centro; em caso afirmativo, e se junto com a omissão do tratamento concorre um agravamento do paciente, poderia incorrer-se num delito de lesões corporais comissivo por omissão.

Também poderiam incorrer num delito de denegação de auxílio (art. 371.3). Refere-se ao funcionário público que, requerido por um particular a prestar algum auxílio a que esteja obrigado em razão de seu cargo para evitar um delito

ou outro mal, se abster de prestá-lo sem causa justificada. O médico pode ter para estes efeitos a consideração ampla de funcionário público que contém o próprio CP (art. 119.3), pois este delito tem sido aplicado em alguma ocasião pelos tribunais espanhóis no âmbito do exercício da medicina partindo dessa concepção penal ampla de funcionário.¹¹ Neste sentido poderiam ser responsáveis do delito os médicos pertencentes ao sistema público de saúde. Quanto aos profissionais sanitários pertencentes a centros conveniados, não parecem que sejam funcionários, pois o CP se refere unicamente a quem participe do exercício de funções públicas por disposição imediata da lei, por eleição ou por nomeação da autoridade competente. Com relação a este último, cuja aplicação ao caso poder-se-ia pensar, não se pode dizer que ao estabelecer o acordo ou convênio com o centro privado tenha se produzido tal nomeação.¹² Em todo caso haveria um descumprimento ou infração do convênio subscrito com a administração sanitária correspondente, com as consequências que poderiam derivar-se para a sobrevivência do mesmo ou outras que se houverem previsto para estes casos de descumprimento injustificado (art. 67.4 e 94 LGS).

Ademais, poderia haver responsabilidade por um delito ou falta de omissão do dever de socorro (arts. 489, § 3º e 586, § 2º, respectivamente), se concorrem todos seus elementos típicos: não socorrer uma pessoa que se encontre desamparada em perigo manifesto e grave, quando possa fazê-lo sem risco próprio ou de terceiro, ou se está impedido de prestá-lo não solicite com urgência auxílio alheio. Na prática a ocorrência será muito difícil e infrequente em relação a estes pacientes, pois dada a atual cobertura sanitária do país, não haveria uma verdadeira situação de desaparecimento, salvo em raros casos de

urgência (p. ex., doente terminais), como em qualquer outro caso semelhante. Posto que o delito anteriormente mencionado é aplicável de preferência aos profissionais sanitários com a condição de funcionários, este delito se poderá plantear em relação aos profissionais (e os diretores ou gestores responsáveis pela decisão de negar tratamento ao paciente com Aids) dos centros privados vinculados por convênio ou acordo, de companhias de seguros e os que realizam o livre exercício da profissão.

De outro lado, ainda na hipótese de estar excluída a responsabilidade penal nas diversas modalidades contempladas, quando a falta de assistência ocorra em centros conveniados ou em companhias privadas poderia existir responsabilidade civil se o paciente sofrer como consequência daquela um prejuízo para a sua saúde ou qualquer outro dano comprovável.

Se a negativa em tratar o paciente com Aids implicar em determinada forma de discriminação caberia o delito do art. 165 ou do art. 181 do CP, segundo seja um particular ou um funcionário, respectivamente, o autor da discriminação, que se refere ao encarregado de um serviço público que negue a prestação a que tenha direito a pessoa discriminada.¹³ De qualquer forma, dados os termos do tipo deste delito, parece de ocorrência muito excepcional nestes casos, salvo, talvez, quando a discriminação se deva à condição ou comportamento sexual do paciente.

6. Causas de Exclusão da Responsabilidade Penal

Sendo a Aids uma doença contagiosa e de grave prognóstico poder-se-ia pensar que não se incorreria em responsabilidade penal pelos anteriores delitos — no caso de terem se caracterizado — por ter pretendido o omissão da assistên-

cia evitar legitimamente riscos próprios para sua saúde ou vida.

A omissão consciente do tratamento não poderia estar amparada pela excludente (causa de justificação) do estado de necessidade (art. 8º, n. 7 do CP), por não concorrerem seus requisitos, como p. ex., a existência de um mal igual ou maior, por ser este remoto se se adotam as medidas preventivas oportunas já conhecidas através das publicações e reuniões científicas, assim como o dever que se lhe impõe de assumir certo risco em razão de seu ofício ou profissão (ainda que não de forma ilimitada, p. ex., se as autoridades do centro se negam a fornecer os meios indispensáveis de prevenção e os riscos fossem certos), o que dito de outra forma, lhe exclui inicialmente do âmbito desta eximiente. Sem embargo, poderia dela se favorecer se o médico não pudesse atender o paciente por encontrar-se atendendo outro paciente qualquer em situação mais grave e inadiável; lembre-se a respeito que o art. 371 diz "sin causa justificada", e o art. 489, 3º "sin riesgo propio ni de tercero".

Quanto a outras causas de exclusão da responsabilidade, baseadas na não exigibilidade de conduta diversa do agente no caso concreto, como a de padecer um medo insuperável de contrair a enfermidade (n. 10 do art. 8º CP: agir por medo insuperável de um mal igual ou maior), tampouco parece aplicável, pois o médico em geral conhece os riscos de sua profissão e sabe que deve assumi-los psicologicamente, sendo que em relação à Aids é bem conhecido o processo da doença e as vias possíveis de contágio como para que o profissional possa valorar adequadamente os riscos e preveni-los. Só poderiam aceitar-se fobias patológicas ao contágio, mas que presumivelmente inabilitariam também para o exercício da profissão de quem as padecesse.

7. O problema dos custos: restrições de política econômica sanitária?

As administrações públicas de todos os países, sobretudo dos desenvolvidos, na medida em que as prestações sanitárias constituem uma das bases de seu sistema político — baseado em grande medida no Estado do Bem Social —, destinam cada vez mais fundos para a saúde, sendo que esta requer constantemente mais recursos para cumprir seus objetivos. Em ocasiões se plantea a questão de que sendo também finitos os recursos econômicos destinados à saúde, deveriam restringir-se a determinados tratamentos especialmente custosos e que afetam a setores mais limitados da população, p. ex., a cirurgia de transplantes, os cuidados intensivos em casos extremos e talvez também com a Aids. A estas reflexões se acrescenta em ocasiões que tais restrições deveriam impor-se ao menos a quem tenha provocado com seu comportamento voluntário determinadas enfermidades (p. ex., problemas hepáticos no alcoolismo crônico, câncer do aparato respiratório nos fumantes, etc.), argumentação que poderia facilmente transladar-se a bom número de aidéticos.

Entretanto, tais reflexões devem ser rechapadas, não só pela sua manifesta base insolidária, senão que também porque vulnerariam o princípio de igualdade e de não discriminação que ampara a CE (art. 14) e o direito de todos à proteção da saúde também previsto na CE (art. 43). A LGS, por sua vez, estende a toda a população, sem discriminação, o direito à assistência sanitária, como temos visto. Embora seja um problema de enorme complexidade que não pode ser abordado agora, supondo-se uma hipotética necessidade de redução de gastos, deveriam ser outros os critérios restritivos econômicos quando se produza a situação extrema da carência de recursos, hoje afortunadamente

inexistente, como p. ex., começar por uma melhor organização e administração das disponibilidades, a participação comunitária ou individual nos gastos e outros critérios objetivos não discriminatórios.

Em qualquer caso, trata-se de um problema de política sanitária e não de decisões individuais dos profissionais da área, sem prejuízo de que em determinadas ocasiões se vejam diante de carências de fato que lhes ponham em situações muito graves, que devem transferir, implicar e co-responsabilizar às autoridades sanitárias correspondentes. Precisamente em relação à Aids já tem havido algumas condenações em cujo fundo parece encontrar-se o interesse econômico, pois teve sua origem na não aquisição de reagentes para realizar as provas em sangue de doadores para detectar anticorpos do vírus associado à Aids.¹⁴

II — Liberdade e obrigatoriedade de submetimento a tratamento

De modo expressamente reconhecido rege no Direito espanhol o princípio geral de liberdade de tratamento, isto é, de submeter-se voluntariamente a tratamento, sem prejuízo de que se tenham previsto algumas exceções.

1. Consentimento mediante informação

O aidético goza de todos os direitos reconhecidos aos doentes em geral, portanto, também do de decidir sobre seu próprio tratamento. Para isso deve outorgar seu prévio consentimento (art. 10.6 LGS), diretamente ou através de quem tenha poderes para tanto (seus representantes legais ou seus familiares ou afins, art. 10.6.b LGS) quando não esteja em condições de decidir por si mesmo, ou inclusive o próprio médico se se trata de uma urgência vital e nem

estes nem aquele podem consentir (art. 10.6.c). Deverá ser informado previamente a prestar seu consentimento, ou inclusive ainda que não tenha que prestá-lo (art. 10.5). Também pode negar-se a submeter-se ao tratamento se entender mais conveniente para seus interesses pessoais e sempre que seja uma decisão adotada com plena liberdade e raciocínio e desvinculada de estados depressivos ou outras alterações psíquicas que anulassem sua capacidade de decidir (art. 10.9 LGS). Em todo caso o tratamento deve realizar-se dentro do respeito à intimidade, dignidade e crenças do paciente.

Na hipótese de realizar um tratamento contra a vontade do paciente, sem embargo das exceções que analisaremos mais abaixo, o médico poderia incorrer num tratamento coativo ou arbitrário, e tornar-se penalmente responsável de um delito de coação (art. 496 CP), quando sem estar ligeiramente autorizado compelir outrem a efetuar o que não queria, seja justo ou injusto (sempre que entendamos que “compelir” envolve tanto a violência física como a moral), de uma falta de coação leve (art. 585, § 4º CP) ou, inclusive, de um delito de detenção ilegal, se comportou privação de liberdade ou de movimentos (art. 480 CP).

2. Rejeição ao tratamento por motivos pessoais

Já vimos que se reconhece ao paciente o direito de negar-se ao tratamento. Tal negativa é possível ainda que vital, isto é, quando sua não realização comporte um grave risco para a vida do paciente (inclusive de lesões irreversíveis), pode entender-se como admitida pela LGS (art. 10.9), como assinalávamos acima. Esta afirmativa não é ociosa como poderia parecer, pois diante da circunstância de que na atualidade o prognóstico da Aids é frequentemente mortal, o tratamento adequado pode

prolongar a sobrevivência destes pacientes durante um período de tempo cada vez mais dilatado e com uma qualidade de vida geralmente aceitável, permitindo, ademais, beneficiar-se de um tratamento decisivo que possa ser descoberto no futuro. O rechaço do tratamento importa em alta voluntária segundo prescreve a LGS, se bem que esta possibilidade deve ser interpretada restritivamente, ou seja, desde que o paciente rechaasse qualquer tratamento alternativo proposto pelo médico.

De qualquer forma, dada a transcendência que representa o rechaço do tratamento nos casos vitais, dentro dessa esfera de liberdade que lhe corresponde, deve-se assinalar que a questão se há situado no plano constitucional, que é comum dar apoio constitucional e que o TC (Tribunal Constitucional) o tem reconhecido em várias sentenças:¹⁵ um tratamento para manter a vida não supõe trato inumano ou degradante, prolongando-se o sofrimento sem impedir a morte; uma coisa é a decisão de quem assume o risco de morrer num ato de vontade que somente a ele afeta, em cujo caso se poderia sustentar a ilicitude da assistência médica obrigatória ou de qualquer outro impedimento à realização dessa vontade...; o direito à integridade física e moral “resultará afectado quando se imponha a una persona asistencia médica en contra de su voluntad... esa asistencia médica constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”.

A Aids pode plantear outros problemas relativos à interrupção do tratamento em situações já terminais, ou a sua não iniciação em recém-nascidos, assim como outros que dizem respeito à eutanasia. No entanto, por não apresentarem características específicas que requeiram uma análise singularizada, não serão objeto de exposição neste lugar.

3. Imposição do tratamento por motivos de saúde pública

O reconhecimento da liberdade do aidético de submeter-se a tratamento, portanto, de prestar o consentimento consciente ou de rechaçá-lo, pode ser limitado, nada obstante, quando isso seja justificado com o fim de proteger a vida e a saúde de terceiras pessoas, ou dito de outra forma, a saúde pública. A Aids é contagiosa, quer dizer, pode transmitir-se a outras pessoas, e é grave, dado o prognóstico que apresenta na atualidade. Por outro lado, sua potencialidade de estender-se se reduz consideravelmente por serem muito específicas as vias de transmissão, e por conseguinte, ao menos teoricamente, controláveis: os fluídos orgânicos, em concreto, através da relações sexuais com pessoas doentes ou soropositivas, ingestão de drogas por via parenteral (ao compartilhar seringas contaminadas), transfusões de sangue contaminado e de mães enfermas ou soropositivas aos filhos que tenham engendrado nessa situação (a parte de outros procedimentos menos frequentes, como tatuagens, agressões com instrumentos contaminados, etc.). Não entanto, o desconhecimento de padecer da doença ou da condição de soropositividade (mais fácil nesta, enquanto não apresente manifestações externas) e a falta de precauções em alguns comportamentos são focos que contribuem a que a doença continue com sua extensão. Daí que possa entrar em discussão a possibilidade de adotar-se medidas e tratamentos coercitivos. De qualquer modo, na medida em que esta coerção implica na restrição de direitos fundamentais, deve estar vestida de determinadas garantias, pressupostos e requisitos antes de sua imposição.

A este respeito a LGS estabelece como exceção à necessidade do consentimento e a negar-se ao tratamento, “cuando la no intervención suponga un

riesgo para la salud pública" (art. 10.6.a e 9). Sem embargo, a LGS não indica que riscos para a saúde pública autorizam a intervenção coercitiva. Ante isso, nem os médicos nem as autoridades sanitárias estariam legitimados para impor tratamentos ou medidas obrigatórias por sua própria iniciativa e sem o apoio da lei, e nas condições que esta estipule. Com efeito, a CE (art. 43.2) indica que a "ley señalará los deberes de todos al respecto" (à saúde pública). Esta prescrição constitucional nos situa, em primeiro lugar, ante os requisitos formais que deve reunir a lei.¹⁶ A dúvida surge, como vamos comprovar, quanto a dever ser uma lei ordinária ou orgânica. Bastaria com que fosse ordinária se se tratasse de desenvolver tão-somente o que dispõe a CE no preceito citado (art. 43.2), e não comportasse medidas obrigatórias (campanhas de informação à opinião pública, intercâmbio de informação entre as instituições dedicadas à matéria, medidas profiláticas, etc.).¹⁷ Mas deveria ser orgânica se afeta o conteúdo de alguns dos direitos fundamentais reconhecidos pela CE (art. 15 a 29), segundo impõe a própria CE (art. 81). Não é imaginável que as medidas pudessem afetar a intimidade individual (art. 18.1) e mais facilmente a liberdade ambulatoria (art. 17 CE), segundo as hipóteses apresentadas por Cobrerros Mendazona:¹⁸ se se subtrair ao tratamento obrigatório comporta a imposição de uma pena privativa de liberdade; se o tratamento em si mesmo comporta o internamento hospitalar ou isolamento domiciliar; se o tratamento obrigatório permite a utilização da "vis" física (coação administrativa) para lograr impô-lo em caso de resistência ou negativa por parte do afectado.

Como requisitos materiais da lei, isto é, pressuposto objetivo para a imposição de qualquer medida coercitiva, tem-se assinalado os seguintes:¹⁹ que persiga uma finalidade exclusivamente sanitária

e não outros objetivos de oportunidade diferentes; que esteja suficientemente justificada em relação ao risco de fato para a saúde pública; que não seja discriminatória com as pessoas às que esteja dirigida (ainda que seus destinatários não sejam a generalidade das pessoas); que exista proporcionalidade entre as medidas limitadoras dos direitos das pessoas adotadas e os riscos que se pretendem prevenir, não podendo em nenhum caso vulnerar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos; e, em todo caso, que se respeite a dignidade das pessoas que possam verse implicadas, vale dizer, que não se lhes utilize como mero instrumento para a proteção da saúde coletiva.

Pois bem, a LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública, de 14.4.86, faculta às distintas Administrações Públicas a adotarem as medidas que dita lei prevê quando assim o exijam razões sanitárias de urgência ou necessidade, com o objetivo de proteger a saúde pública e prevenir sua perda ou deterioração (art. 1º). Em concreto as autoridades sanitárias poderão adotar medidas de reconhecimento, tratamento, hospitalização ou controle quando existam indícios racionais que permitam supor a existência de perigo para a saúde da população devido à situação sanitária concreta de uma pessoa ou grupo de pessoas ou pelas condições sanitárias em que se desenvolva uma atividade (art. 2). Em relação ao controle das enfermidades transmissíveis dispõe que as autoridades sanitárias poderão adotar as medidas oportunas para o controle dos enfermos, das pessoas que estejam ou tenham estado em contato com os mesmos e outras necessárias em caso de risco de transmissão (art. 3).

Dentro da amplitude e imprecisão desta lei, as autoridades sanitárias, e não apenas um médico por sua própria iniciativa, poderão tomar as decisões nela previstas, e teoricamente também em

relação aos aidéticos ou os portadores soropositivos. Nada obstante, não parece que no momento atual estejam presentes os pressupostos de aplicação da lei em relação a esta doença, inclusive os expertos têm chamado a atenção sobre o contraproducente que poderia resultar para a saúde pública a adoção de medidas de controle ou coerção, pois faria com que para evitá-las os pacientes não fossem aos centros de tratamento, o que implicaria um desconhecimento de fato da magnitude da epidemia e maiores riscos de transmissão. Nesse sentido pronunciou-se a OMS em seu programa especial sobre Aids²⁰, assim como o Conselho de Europa em alguma de suas Recomendações²¹ aos Estados-Membros, tendo precisado inclusive que o art. 5.1.e do Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950²² não deve ser utilizado para justificar o isolamento ou a hospitalização de ofício apenas pela condição de estar infectado pelo vírus da Aids.²³ Isso não impede que, como veremos, já se tenham disposto medidas para a comunicação dos casos existentes, porém garantindo o anonimato dos enfermos.

4. Tratamentos com medicamentos novos ou em fase de pesquisa

O ainda grande desconhecimento para a medicina desta doença nova e a conseqüente carência de tratamentos adequados para combatê-la com efetividade (em face inclusive da sua extraordinária complexidade) tem dado lugar ao enorme esforço de investigação para descobrir novos tratamentos e sobretudo medicamentos para controlá-la ou erradicá-la. De muitos destes medicamentos se desconhece ainda sua real eficácia assim como seus efeitos desfavoráveis colaterais, por encontrarem-se em fase experimental. Apesar de constituírem a única esperança de sobrevi-

vência ou de retardar o prognóstico da doença, não se podem prescrever sem nenhum tipo de garantias ou controles, como ocorre com todos os medicamentos novos que apresentam características semelhantes (experimentação terapêutica). Por tal motivo são aplicáveis as previsões de controle que estabelece a Lei do Medicamento, de 20.12.90, para os ensaios clínicos (art. 59 a 69) e a normativa correspondente (RD 944/1978, de 14 de abril, e OM de 3.8.82), assim como a liberdade do paciente de submeter-se a estes tratamentos em fase de experimentação, para o que deve outorgar também o consentimento informado (art. 60.4), e esta informação deve ser muito mais ampla do que a que diz respeito aos riscos que acarreta ou possa implicar a medicação. A este respeito tem um especial interesse o art. 38.5 da Lei, por sua possível aplicação aos aidéticos. Referido preceito permite que de forma excepcional o Ministério de Sanidade e Consumo autorize (com as condições que expresse em sua autorização) a que se administrem medicamentos novos em fase experimental ("productos en fase de investigación clínica") a pacientes não incluídos num ensaio clínico (com todas as garantias que comporta), quando o médico, sob sua exclusiva responsabilidade e com o consentimento expresso daqueles, considere indispensável tratar com eles e justifique ante a autoridade sanitária os motivos pelos que decide tal tratamento.²⁴ (Continua)

NOTAS

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

2. Com o fim de simplificar, as referências no texto a pacientes de Aids ou à enfermidade de Aids aludem tanto a portador de anticorpos do vírus HIV assintomático, como a quem padece a doença da Aids, assim como o complexo de enfermidades relacionadas com a

Aids (CRS), salvo que de modo expresse 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 proscreve 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, pp. 289 e ss.

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

6. Sobre estes aspectos da LGP, v. Carlos García Valdes, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pp. 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, 1º/521 e ss., Edersa, Madrid, 1986.

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 2.3.78, parcialmente derogado pelo de 1988 que se menciona a continuação no 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", en *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, pp. 47 e ss.

11. STS 15.11.73, 15.6.79 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. STC 18.11.91.

15. STC 27.6.90, 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 proposito de los enfermos de sida)", em *Revista Española de*

Derecho Administrativo, n. 57, 1988, pp. 59 e ss. (62).

17. Josefina Alventosa del Rio/Jaime Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", Informe apresentado ao *Rencontre Internationale sur le Thème Droit et Sida: Comparaison Internationale*, Paris, 24-26 de out.-91 (inédito).

18. Cobreros Mendazona, ob. cit., pp. 63 e ss. 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 ss.

20. V. Organização Mundial de Saúde, "Declaración de la Reunión Consultiva sobre Prevención y Lucha contra el Sida en las Cárceles", Ginebra, 16-18 de nov.-87.

21. Assim, a "Recomendación 1080 (1988)" da Assembleia Parlamentar, relativa a "Une

politique européenne coordonnée de la santé pour prevenir 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 con 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 de Aids podem ser vistos em Wolfram Eberbach, "Arzneimittel- und epidemiologische Forschung bei AIDS", em "Medizinrecht", 1989, pp. 281 e ss.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOCTRINA INTERNACIONAL

A CONTRIBUIÇÃO ITALIANA AO PENSAMENTO JURÍDICO-PENAL ANGLO-SAXÃO*

ELIO MORSELLI

Professor de Direito Penal da Universidade
de Perugia, Itália.

A contribuição da Itália para a evolução do pensamento jurídico-penal anglo-saxão pode ser sintetizada em cinco etapas fundamentais, que seguem:

1. A influência da concepção jurídica romana sobre o território inglês, durante os quatro séculos de separação da Inglaterra e império romano;

2. A contribuição do direito *canônico*, da Igreja Católica Romana, a partir de 664 depois de Cristo (época da cristianização), até a cisão anglicana;

3. A contribuição do sistema político normando na Inglaterra — por sua vez muito influenciado pela concepção jurídica de tradição latina — após a batalha de Hasting, em 1066, ao qual foi se juntar a assimilação dos institutos romanos durante o séc. XII adquirida durante o período de ocupação de boa parte da França pelos ingleses;

4. A contribuição do pensamento iluminista de Cesare Beccaria, na segunda metade do séc. XVIII;

5. A abertura à ciência criminológica através do pensamento positivista de Cesare Lombroso na segunda metade do séc. XIX.

Procurarei, agora, ilustrar de forma breve cada uma destas etapas históricas.

1. Elencamos como primeira etapa a influência do direito romano. Em verdade, constitui um entendimento muito difundido o de que o conteúdo do direito anglo-saxão tenha tido rapidamente, no curso dos séculos, uma evo-

lução original, autônoma e independente do direito de tradição romana. Esse pensamento parece exato, sem dúvida, se feito com referência ao Código do Imperador Justiniano, elaborado no séc. VI, no chamado *Corpus Iuris Civilis*. Naquela época, a Inglaterra havia desistido, há cerca de um século, de pertencer ao império romano; além do mais, o centro do império romano havia se transferido de Roma para Constantinopla. No entanto, essa colocação parece ser verdadeiramente convincente quando se refere ao *conteúdo* normativo do ordenamento jurídico anglo-saxão, mas não se atribuída ao *método* de formação daquelas normas. De fato, aquilo que impressiona os observadores de formação romanista continental é a notável analogia entre o *método* da formação normativa do direito anglo-saxão e aquele próprio da jurisprudência romana, no período clássico dos sécs. II a V, que é justamente o período de separação da Inglaterra em relação ao império romano.

A característica fundamental da *common law* é, como cediço a de ser um *judge made law*. Mas, também o direito romano clássico era sobretudo

* Texto sintetizado — excluídas as palavras circunstanciais — de duas breves conferências proferidas na Universidade de Pretória e "Rand Afrikaans" de Johannesburg, África do Sul, em agosto de 1989, (trad. de Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz, Promotora de Justiça em São Paulo).

um direito jurisprudencial, isto é, um *judge made law*.

O direito inglês, ao lado da *common law*, evoluiu para a jurisdição de *equity*, que encontra correspondência no *jus honorarium*, advindo do pretor romano em contraposição ou como complemento do *jus civile*.

Além disso, o mesmo processo do tipo anglo-saxão, seja civil, seja penal, apresenta-se como impressionante paralelo em relação ao procedimento segundo a *ordo iudiciorum privatorum* romano. Típico, no direito romano, é o processo de cunho acusatório, no qual o Estado assume a função de mediador entre as partes, limitando-se a fixar as regras procedimentais.

Ora, essas coincidências podem ser explicadas de dois modos: um deles refere-se a paralelismo puramente casual, e outro, contrariamente, traz as origens do método inglês no modelo romano. Parece-nos mais plausível esta segunda solução, sobretudo porque é razoável deduzir que quatro séculos de dominação romana na Inglaterra não possam ter deixado um traço profundo na mentalidade jurídica.

Assim é que, quando se afirma — como, por exemplo, o faz René David, na sua obra *Os Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos* — que a dominação romana não deixara traços de relevo na Inglaterra, isto só é verdadeiro naquilo que se refere aos conteúdos das normas, mas não naquilo que concerne à colocação metodológica, seja do direito material, seja do direito processual.

2. De todo modo, se tudo o que acima foi sustentado pode constituir somente uma hipótese minoritária, isto é, não partilhada pela maioria dos historiadores do direito, pode-se afirmar, com certeza, tudo aquilo que concerne ao segundo ponto enfocado, seja na segunda etapa da influência da concepção latina do direito no período do direito anglo-saxão propriamente dito,

seja durante os cinco séculos que vão das missões de Santo Agostinho de Canterbury, em 596 — época do início da conversão ao cristianismo —, até 1066 — época da conquista normanda.

Neste período, o direito canônico da Igreja Católica Romana, derivação direta do direito romano, influenciou decisivamente e de maneira duradoura as normas, sobretudo as de conteúdo matrimonial e de sucessões, e ainda aquelas referentes a matéria criminal, tanto material como processual.

Esta chegada do direito canônico prosseguiria no período subsequente, ao menos até a época da cisão anglicana de Henrique VIII, mas foi ainda além, estendendo-se a outras ramificações do direito.

Sustenta-se que a jurisdição da *common law* tenha se iniciado somente depois da conquista normanda, e que o sistema da *equity*, por sua vez, teria tido sua origem somente a partir do séc. XIV, sobretudo depois da “Guerra das Duas Rosas”.

Se assim fosse, seria, sem dúvida, puramente casual qualquer paralelismo com o direito romano clássico. Se bem que ainda não se possa estabelecer de forma clara em que medida o *common law*, dito agora no modo normando da *Law French*, *comune ley*, efetivamente se separa do direito anglo-saxão. Guilherme, o Conquistador, proclamou expressamente a vontade de manter em vigor o direito anglo-saxão. E, de fato, também nos nossos dias se continua a ver juristas e juizes ingleses invocando, em algumas ocasiões, e aplicando até, esta ou aquela lei do período anglo-saxão. É provável que a *common law* marque ruptura completa com o direito anglo-saxão somente no sentido de que tenha constituído a plataforma comum e centralizada sobre a qual se unificaram os caracteres comuns dos costumes locais. Mas, ao lado disto, seja do ponto de vista metodológico, seja do de con-

teúdo normativo, a *commom law* constitui, provavelmente, nada mais que o prosseguimento do anterior direito anglo-saxão e este, como se viu, liga-se ao direito romano.

Tal hipótese encontra sua mais válida sustentação justamente no caráter consuetudinário da concepção jurídica inglesa. Por muito tempo as Cortes reais, o *Westminster Courts*, tiveram competência limitada a poucas categorias de causas, enquanto a solução das restantes permanecia confiada ao *Hundred Courts*, o *Country Courts* e depois ao *Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*, com a aplicação do direito consuetudinário eminentemente local. A importância das cortes reais foi caminhando, seguindo num crescimento contínuo, permanecendo a administrar justiça durante o Renascimento. Somente no séc. XIX, é que tais cortes se transformariam nos “tribunais de direito comum”, no sentido francês do termo, isto é, tribunais organizados e não excepcionais, esporádicos. Todavia foi se operando uma longa evolução, o que está a confirmar a hipótese de que a *common law* seja essencialmente a continuação do direito anglo-saxão.

O sistema de *equity*, pelo que o antecede, aparenta ter tido origem anterior àquela do século XIV, referida pelos historiadores como de seu início. Do ponto de vista metodológico, tal se refere ao princípio *Remede precede rights*, já insito na *common law*, isto é, o sistema da concessão de *Writs* por parte dos cartórios reais. A *common law* é, de fato, composta nas suas origens de certo número de procedimentos ou *forms of action*. Mas estas são precisamente a correspondência da fórmula *actionem dabo* com a qual o pretor romano elaborou, por séculos, a contínua transformação das regras de direito civil.

3. Em todo caso, através da conquista normanda, ulterior contribuição do direito romano foi a de se render aos

institutos ingleses. O normando foi povo germânico que teve longo domínio também na Itália, sobretudo na Sicília, e que muito absorveu e assimilou das concepções romana e latina do direito. Os normandos, na Inglaterra, eram provenientes da França e falavam francês, ou seja, uma língua latina. A relevância da sua influência no direito inglês vem demonstrada na persistência da *law french language*, na linguagem falada nos tribunais, e do latim contido naqueles escritos até o séc. XVIII.

A época da conquista normanda da Grã-Bretanha coincide com a do florescimento jurídico italiano, sobretudo da escola de Bolonha.

A ligação entre a escola italiana e a nascente *common law* é representada por Lanfrancus Dialecticus, que chegou ao convento de Bec, deixando o ensinamento do direito em Pavia para dedicar-se ao direito anglo-saxão, vez que se tornara arcebispo de Canterbury. Não obstante, pode-se afirmar que o núcleo originário dos conteúdos da *common law* se formaram sob a influência de Lanfranco e de outros juristas com formação no direito romano.

Porém, verdadeira fusão dos institutos germânicos e romanos na *commom law* teve lugar no período de Henrique II Plantageneto, durante o qual o reino da Inglaterra se estendeu também sobre amplo território francês.

Como é notório a todos, do séc. XI ao séc. XV aconteceu, sobretudo na Itália, significativo florescimento dos estudos jurídicos, especialmente com a escola de Bolonha e as Universidades de Padova, Pavia, Perugia, Pisa, Treviso, Arezzo e depois Nápoli, Torino, etc.

Primeiramente os glosadores — tais como Pepone, Imerio, Rogerio, Placentino, Iacopo, Ugo da Porta, Bulgaro, Martino, Azzzone, Odofredo e principalmente Accursio — e, depois, os pós-glosadores, ou comentadores — tais como Bartolo di Sassoferrato, Baldo dos

Ubaldi, Alberto de Gandino (que se ocupou sobretudo do direito penal), Guglielmo Durante, Guido de Suzzara, Iacopo d'Arena, Dino de Mugello, Cino da Pistoia, Giovanni Andrea, Alberico da Rosciate, Luca di Penne — enfrentaram o estudo do direito romano e principalmente do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano sobre uma nova base, formulando, assim, premissas para a fundação do direito moderno da Europa continental, que se desenvolveu a partir da codificação napoleônica.

É de se reconhecer que o mundo jurídico inglês permaneceu, naqueles séculos, em boa parte estranho à grandiosa obra italiana de recuperação da civilização jurídica romana. Uma certa influência pode, todavia, ser encontrada especialmente nos ambientes universitários, sobretudo em Oxford. A longa duração, até o séc. XVIII do uso do latim na linguagem jurídica escrita e mesmo o uso do termo latino *Jurisprudence* para indicar a ciência do direito, estão a confirmar tal fato. E, de qualquer maneira, se é verdade que, neste período, a formação da *common law* termina por se tornar de todo autônoma naquilo que se refere à tradição romano-germânica, não devemos esquecer que os princípios de mérito aplicados pelo secretário do rei, no sistema da *equity*, foram inspirados em larga escala tanto no direito canônico quanto no romano, da forma como foram recuperados os juristas italianos.

A bem dizer, a contribuição da Itália neste período foi reconhecida também de outro modo e por outra via. Ao fim da Idade Média, o Renascimento, modificando as artes, as letras e os costumes, principalmente os costumes políticos, partiu de fato da Itália e a partir da Itália foi difundido em outros países, tais como França, Espanha, Inglaterra, Alemanha, Rússia etc. No direito público, particularmente, a concepção moderna do Estado absoluto que na Grã-

Bretanha triunfou com Tudor e sobretudo com Henrique VIII e Elisabeth I, encontrou seu ponto de partida no sistema italiano da *Signorie* e, sucessivamente, no dos Principados. Também a concepção moderna do Estado sob a forma de República, com a participação popular do Governo, encontrou o seu primeiro *pattern* no sistema medieval italiano das Comunas e, sucessivamente, nas Repúblicas italianas vizinhas ao mar, principalmente Veneza e Gênova.

O pensamento político de um grande italiano que foi Nicoló Machiavelli e dos filósofos, tais como Tommaso Campanella, Giordano Bruno, Marsilio Ficino, e outro, exerceram além disso grande influência sobre o de Francis Bacon, Tomás Morus, Hobbes, Barkeley, Hume, Locke, etc.

4. Se é certo que as escolas italianas dos glosadores e pós-glosadores não tiveram muita influência sobre o direito britânico, o pensamento jurídico italiano retomou, de qualquer maneira, sua influência no séc. XVIII, e numa medida notável com obra de Cesare Beccaria. Por certo, nenhuma outra obra jurídica italiana teve tanta repercussão fora da Itália e tampouco suscitou tamanho entusiasmo onde quer que seja, quanto o pequeno livro *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria, surgido em 1764. Traduzido rapidamente em todas as línguas cultas do mundo, este livro foi extremamente importante na medida em que levou para o campo do direito penal as idéias iluministas de Montesquieu, D'Alembert, Diderot, Elvezio, Voltaire e do mesmo Hume. A sua originalidade não está só circunscrita na idéia em si mesma, mas no espírito novo, na força de persuasão, no entusiasmo e na força de síntese com que o autor não só deu início, mas imprimiu inigualável pujança. Contra o predomínio e o arbítrio, contra a negação do indivíduo e a sua submissão a lei de caráter absoluto e transcendente — e por isso, no fundo,

não reconhecida como valor, mas tolerada como constrição — Cesare Beccaria, como todo o Iluminismo com o qual tem relação, representa a reivindicação do indivíduo, de sua liberdade e da racionalidade da lei. A esta última exigência se reconduzem todas as consequências que Beccaria ilustra no seu livro: universalidade, clareza e precisão da lei, rigorosa aplicação dela, publicidade do juízo e da prova, eliminação de juízes suspeitos ou parciais, caráter de utilidade e de necessidade que deve haver na pena, abolição da tortura, eliminação da pena de morte, etc.; tais deveriam ser, para ele, as garantias dos direitos individuais e os princípios fundamentais para a eliminação de todo o arbítrio no campo do direito.

Portanto, na Inglaterra grande foi a influência do pensamento de Beccaria. Entre os mais famosos expoentes da sua concepção está Blackstone, que cita Beccaria para sustentar o princípio da proporcionalidade da pena, do tema da certeza da pena, que se mostra mais eficaz do que severa e da necessidade de se limitar a pena de morte. A Beccaria ele atribui a glória de ter sido o primeiro a exprimir, com vigor, a opinião iluminista daquela época.

Essa influência foi grande também no sentido de que — se não se chega a adotar totalmente a sua idéia — ela deu ímpeto a um espírito reformador, que levou a lenta, mas segura, melhora do processo penal inglês terminando no grau de harmonização e simplificação adquirido nas colônias através da codificação.

Outros pensadores ingleses que sustentaram de maneira notável a influência de Beccaria foram Romilly e sobretudo Bentham, sendo que disto resultou incidência significativa sobre as reformas práticas, estimuladas pelo pensamento de Bentham.

Frequentes são as referências a Beccaria na correspondência de Bentham.

Em carta a Voltaire (não enviada), ele escreve: "I have built solely on the foundation of utility, laid as it is by Helvetius. Beccaria has been *lucerna pedibus*, or, if you please, *manibus* meis. Perhaps what I have done may be fund but cobweb work. Such as it is, however, it is spun out of my own brain. As such I send it to you".¹ Não é recente tal confissão no sentido de que toda construção do pensamento de Bentham, baseada sobre o conceito de utilidade, foi conduzida à luz daquele pensamento de Beccaria: *lucerna pedibus et manibus*!

Muitas outras referências a Beccaria podem ser encontradas nos escritos de Bentham, o que permite concluir que Beccaria representou estímulo para o pensamento deste e de outros autores com os quais ele colaborou, e que Beccaria foi a fonte das idéias nas quais estavam contidos os germes das reformas fundamentais do direito promovidas por ele.

Muito disso pode seguramente ser reportado à tese de Beccaria no sentido de que toda prova relevante deve ser levada perante o Tribunal, para valorar o seu peso e o seu significado, e ainda a preferência, de acordo com Beccaria, à codificação, bem como no reconhecer no código ideal, as expressões de linguagem simples, necessitando o menos possível de interpretação judiciária. Tanto Beccaria quanto Bentham desejavam ver os juízes como aplicadores, e não como intérpretes da lei, diante do temor de que a interpretação pudesse equivaler à substituição da obra do legislador. Beccaria, certamente, viu o processo como um silogismo: o juiz que aplica uma lei clara ao fato resultante de uma apropriada averiguação. A mesma atitude foi adotada por Bentham, que nutria pelos juízes grande desconfiança.

Mas, o séc. XIX que se avizinhava, reservava uma outra importante contribuição italiana para o pensamento penalístico do mundo.

5. Como Beccaria traduzia no campo do direito penal as idéias do Iluminismo, também o positivismo de Comte, Spencer, Stuart Mill, Darwin, encontrou um intérprete no setor da criminalidade em Cesare Lombroso, a quem se deve a criação da criminologia. O grande mérito de Lombroso foi o de haver difundido os métodos da pesquisa científica para o estudo do homem autor do crime e de haver, desse modo, promovido as indagações acerca dos problemas da criminalidade. É certo, contudo, que a maior parte de suas afirmações não são hoje mais seguidas. E, nos países anglosaxões — também sob a influência de um outro italiano, Enrico Ferri —, a criminologia desenvolveu-se com grande prevalência sobre bases sociológicas, antes que antropológicas ou biológicas. Todavia, é certo que no século passado o mais forte impulso ao desenvolvimento da criminologia foi dado por Cesare Lombroso.

Lombroso é conhecido, sobretudo, pela sua teoria do *criminoso nato* e incorrigível.

Trata-se de tipo antropológico de indivíduo que, em virtude da sua anomalia congênita, seria fatalmente levado ao delito, independentemente das condições ambientais, e exteriormente reconhecível por particulares características degenerativas anatômicas (como má formação do esqueleto, assimetria craniana e facial, dimensões excessivas ou reduzidas do cérebro, fronte baixa, maçãs do rosto proeminentes, etc.) e particulares características psicológicas (falta de senso moral, crueldade, indolência, etc.). Com uma segunda teoria, Lombroso tenta explicar a conduta criminosa, vale dizer, aquela do atavismo: o delinquente congênito constitui uma regressão em direção aos tipos humanos primitivos ou até em direção aos ancestrais pré-humanos e, como tais, repre-

senta as características e os instintos ferozes da humanidade primitiva e dos animais inferiores. Conduta normal em face de um estudo da origem da humanidade, o seu comportamento é, ao contrário, criminoso diante da atual civilização humana à qual tal delinquente não pode adequar-se porque impedido por desenvolvimento congênito deficiente.

Ao lado do criminoso nato, que segundo Lombroso representa 35% dos delinquentes, ele reconhece a existência do criminoso louco e do criminoso ocasional; este último representa — no seu modo de ver — a categoria mais difundida e não dissemelhante para a constituição dos homens normais e que é levada ao delito sobretudo em virtude de fatores ambientais adversos e, por isso, reeducável.

As afirmações de Lombroso estão hoje — como disse — em grande parte superadas. Todavia, elas continham intuições e antecipações geniais. Em muitas partes de sua pesquisa Lombroso, de fato, precedeu Freud e toda aquela corrente do pensamento que hoje se qualifica como criminologia psico-analítica. Certamente, a sua contribuição foi fundamental no sentido de que abriu por primeiro, para o mundo do direito, uma perspectiva de todo nova, de todo livre das implicações ético-valorativas e objetivamente científica. É justo, portanto, dividir a história do pensamento penal em duas épocas: antes de Lombroso e depois de Lombroso.

NOTAS

1. Eu construí somente sobre o princípio da utilidade, na forma como projetado por Helvetius. Beccaria tem sido *Lucerna Pedibus* ou, se preferir, *monibus meis*. Talvez o que eu tenha dito possa ser uma teia de aranha. Tal como é, todavia, foi fruto do meu próprio cérebro. Da forma como eu enviei para você.

das em delitos ou contravenções, ou ser suprimidas quando coincidam com figuras delitivas já existentes atualmente no Código. Neste sentido parece-me acertada, p. ex., a despenalização de numerosas contravenções pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal, que passaram a ser meras infrações administrativas; a transformação em delitos das infrações mais graves de contrabando, pela Lei Orgânica 7 de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas,⁴⁴ e a introdução no Projeto de Lei Orgânica de Código Penal, de 1992 (seguindo a pauta já traçada pelo Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980), de algumas figuras delitivas referentes à regulação de mercados (arts. 286 e ss.), e dos delitos urbanísticos (delitos contra a ordenação do território, arts. 310-11). Dentro do campo das infrações administrativas, deveria ser unificada a classificação das mesmas, de acordo com sua gravidade,⁴⁵ distinguindo infrações administrativas graves e leves.

Diante desse contexto, de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal. Neste sentido, convém destacar que a Constituição estabelece o princípio da legalidade para as infrações e sanções administrativas (art. 25, 1): “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua realização não constituam... infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento”. O critério é louvável, mas deveria ter se limitado às infrações e sanções administrativas graves. Sua aplicação a todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável, sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco⁴⁶ que dá lugar

a sérios problemas desde o ponto de vista do princípio da legalidade⁴⁷, ou até a uma simples habilitação legal para regular infrações e sanções administrativas.⁴⁸

O Tribunal Constitucional, na transcendental decisão de 30 de janeiro de 1981 (cujo relator foi Manuel Díez de Velasco) considerou que o princípio *ne bis in idem*, entre as penas e as sanções administrativas, “vai intimamente ligado aos princípios de legalidade e tipicidade das infrações reconhecidos, principalmente, pelo art. 25 da Constituição”.⁴⁹ Invoca o Tribunal Constitucional, em apoio a sua tese, os trabalhos de elaboração do texto da Constituição no Congresso onde se renunciou em estabelecer de forma expressa, no art. 9º, o princípio *ne bis in idem* por ser considerado como incluído no de legalidade e tipicidade proclamados no art. 25. García de Enterría aduz, por seu turno, em abono a esta interpretação, a conjuntiva ou, que se utiliza no enunciado do princípio de legalidade das infrações e sanções penais e administrativas no art. 25, 1, da Constituição: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua produção não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento”.⁵⁰ São inconstitucionais, portanto, todas as disposições legais e regulamentares contrárias à vigência do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas.⁵¹

No art. 9º, 3, da Constituição se estabelece o princípio da irretroatividade “das disposições sancionadoras não favoráveis”, entre as que se encontram, sem dúvida, as de caráter administrativo.

Também, deveria ser estabelecido em uma lei que regulasse, em caráter geral, o exercício do poder sancionador da Administração, o princípio da retroatividade das leis mais favoráveis, a prescri-

DOCTRINA INTERNACIONAL

SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS NO DIREITO ESPANHOL*

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Direito Penal
Universidade de Saragoça, Espanha

1. Sanções penais e administrativas disciplinares

O problema da distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo surge pela primeira vez no Estado liberal. No Estado polícia do despotismo ilustrado não é possível distinguir claramente o Direito Penal do Direito Administrativo. Não há mais que uma divisão de funções entre os tribunais e as autoridades administrativas.¹ Com o advento do liberalismo o Direito Penal conveter-se-ia em um dos expoentes mais lídimos do Estado de Direito, ao vincular o exercício do *jus puniendi* ao princípio da legalidade dos delitos e das penas. A distinção substancial entre delito e ilícito administrativo fez-se necessária.²

Com o advento do liberalismo social no final do século passado e o crescimento constante da atividade administrativa do Estado, o problema da distinção entre o ilícito administrativo e o penal adquiriu uma importância cada vez maior.³ O Estado não podia renunciar aos meios coativos para impor a realização de sua atividade administrativa. Com isso, surgia, todavia, o perigo de uma hipertrofia do Direito Penal. Esta extensão desmensurada do Direito Penal era censurável de um ponto de vista material, ao dar lugar à inclusão em seu âmbito de condutas não puníveis e de um ponto de vista prático, pois conduzia a um excesso de trabalho dos tribunais.

Goldschmidt⁴ propôs, na Alemanha, para resolver este problema o isolamento de um Direito Penal meramente administrativo do corpo do Direito Penal criminal. Para isso, sugeriu vários critérios substanciais de distinção entre o ilícito penal e o administrativo. Sua doutrina foi desenvolvida e dotada de uma fundamentação filosófico-jurídica por Erik Wolf.⁵ Seu ulterior desenvolvimento em nossos dias se deve fundamentalmente a Eb. Schmidt, Lange, Michels e Bockelmann.⁶

Na Espanha, o problema se colocou de um modo diferente, pois o aumento da atividade administrativa do Estado não deu lugar a uma hipertrofia do Direito Penal, como nos demais países europeus (Alemanha, França, Itália), senão ao desenvolvimento de um desmensurado poder sancionatório da Administração.⁷ Em nosso país, exige-

* Conferência proferida em 24.11.92, no auditório da FUNDAP, em São Paulo, no Seminário Internacional sobre Crimes contra a Administração Pública (tradução do original espanhol pelo Dr. Luiz Regis Prado, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Saragoça, Espanha; Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá, Promotor de Justiça e Membro do IBCCRIM).

se não uma despenalização ou uma segregação de um Direito Penal administrativo do corpo do Direito Penal criminal, mas sim uma desadministrativização da atividade sancionatória da Administração⁸ ou ao menos a sujeição da mesma a alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal (princípio de legalidade, de retroatividade das leis mais favoráveis, e de culpabilidade) e a aplicação do princípio *ne bis idem* em relação às sanções penais e administrativas.⁹ O problema do deslinde material do ilícito administrativo é também fundamental a partir dessa perspectiva.

Os delitos do Direito Penal criminal seriam, segundo Goldschmidt,¹⁰ Wolf, Lange, Bockelmann e Michels delitos “naturais” *per se*, “de Direito Natural”, “previamente dados”, ou “metapositivos”, enquanto que os delitos administrativos seriam “delitos artificiais”, ou “criados só pela vontade do Estado”. Esta distinção é inadmissível. A historicidade, como disse Welzel,¹¹ é tão inseparável da essência do Direito como da essência do homem. Não é possível falar, por isso, em delitos “naturais” ou em “Direito natural”.

Como consequência da crítica de Weizel, Lange¹² destacou que sua distinção em delitos “naturais” e “artificiais” não se fundamenta numa concepção jusnaturalista. Lange quer dizer unicamente que delitos “naturais” ou de Direito Penal criminal serão em cada momento histórico aquelas ações delitivas que sejam ético-socialmente relevantes ou que tenham uma significação cultural. O delito administrativo será sempre, de acordo com Lange,¹³ uma ação irrelevante para a ética social ou culturalmente indiferente. Sua opinião é compartilhada por Eb. Schmidt¹⁴, Michels¹⁵ e Mezger-Blei.¹⁶

O ilícito administrativo se esgotaria, segundo esses autores, na desobediência aos mandatos e proibições estabelecidos positivamente pelo legislador. Seria um

ilícito puramente formal. O ilícito do delito administrativo não estaria constituído pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, mas somente pela lesão de um interesse da Administração. O perigo aos bens jurídicos, é, em suma, a *ratio legis* da punição destas condutas. Esta distinção qualitativa entre o ilícito administrativo e o criminal teria logo sua repercussão na diversa função e estrutura da sanção administrativa e da pena criminal. A sanção administrativa não teria outro fim que chamar o desobediente e lembrar-lhe seus deveres.¹⁷

A afirmação de que o ilícito administrativo seja ético-social ou culturalmente indiferente não me parece convincente.¹⁸ O legislador não estabelece seus mandatos e proibições, como asseverou Welzel,¹⁹ para exigir a obediência dos cidadãos, mas para criar um estado ou situação valiosos ou impedir a produção de um dano. A partir do núcleo central do Direito Penal até as últimas contravenções penais ou infrações administrativas perpassa uma linha contínua de um ilícito material que se vai atenuando, mas que não chega a desaparecer totalmente. A maior parte das vezes é a distância do setor vital respectivo que induz os juristas a pensarem que o injusto de uma contravenção determinada é puramente formal. H. Mayer citou, entre outros, o exemplo da omissão da luta contra a lagarta (que põe em perigo a colheita de fruta do vizinho diligente). Ninguém poderia dizer que esta conduta seja ético-social ou culturalmente indiferente. No Direito Penal espanhol, inclusive as ações constitutivas de contravenções contra a ordem pública, os interesses gerais e o regime urbanístico²⁰ têm sempre uma relevância ético-social ou cultural maior ou menor. Os que ocultam seu verdadeiro nome, localidade, estado ou residência às autoridades ou funcionários públicos, quando o perguntem no exercício de suas funções (art. 571) dificul-

tam a manutenção da ordem pública. Em alguns casos, o ilícito material pode ser, inclusive, mais grave que em certos delitos. Compare-se, por exemplo, as contravenções dos arts. 568 e 580 e o delito de dano do § 1º do art. 563. No seio de uma regulação jurídica pode haver normas puramente arbitrárias ou criadas exclusivamente pela vontade do Estado. Este é o caso, por exemplo, dentro da regulamentação do tráfego, da norma que dispõe que os veículos devem circular pela direita. Nestes casos somente a existência de uma ordenação está materialmente fundada, mas é diferente o sentido da mesma. Com efeito, os veículos poderiam circular perfeitamente pela esquerda (como na Inglaterra). Estas normas são sempre, todavia, parte integrante de uma disposição jurídica mais ampla e fundamentada materialmente. O Direito de trânsito, por exemplo, tende, sem dúvida, a proteger a vida humana, a integridade corporal e a propriedade. Um tratamento, jurídico arbitrário, sem fundamento material algum, seria puramente despótica e deveria ser extirpada de nosso Direito.²¹

A exclusão do conceito de bem jurídico do âmbito do chamado Direito Penal administrativo carece de fundamento. Não é possível estabelecer uma diferença entre os interesses da Administração (conhecimento do nome, localidade, estado ou residência dos cidadãos, quando seja necessário para assegurar a ordem pública, no art. 571) tutelados pelo Direito e o restante dos bens jurídicos.²² Se o injusto administrativo fosse puramente formal, quando se esgotasse na desobediência aos mandatos e proibições do Direito, não poderia estabelecer o legislador diferenças na sanção entre as diversas infrações do Direito Penal administrativo.²³ O delito penal e o delito administrativo ou de polícia têm um conteúdo material semelhante e a mesma estrutura lógica.

A pena ou as sanções do Direito Penal administrativo encontrarão sua justificação unicamente em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade, como a pena do Direito Penal criminal. A imposição da sanção administrativa será também, com frequência, expressão de um juízo desvalorativo ético-social.²⁴ Entre as penas e as sanções administrativas existem apenas diferenças quantitativas.²⁵

O critério filosófico-jurídico sugerido por Wolf²⁶ para a distinção entre o ilícito penal e o administrativo não é tampouco convincente. Conforme esse autor, seria possível estabelecer uma diferenciação mediante a referência aos valores supremos pelos quais devem se orientar a Administração e o Direito, quer dizer, no primeiro caso o bem-estar e no segundo a justiça. É possível admitir, no entanto, que a Administração não deve se orientar pelo valor de justiça?²⁷ Toda a atividade do Estado, observa, com razão, H. Mayer,²⁸ inclusive, quando gira em torno de interesses temporais da Administração, vai dirigida ao fim unitário de criar uma ordem justa e útil. O Estado, como legislador, disse Mattes, não pode perseverar quaisquer fins, mas somente os assinalados pelo bem comum e estes encerram um valor geral de justiça.²⁹

Até o momento não foi possível encontrar um critério que permita destacar uma diferença qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.³⁰

A Lei das Contravenções alemã de 25.3.52 e a Lei Penal Econômica alemã de 9.7.54, reformada pela de 21.12.62, pretenderam estabelecer uma distinção qualitativa entre o ilícito criminal e o administrativo. Os conceitos de delito e de contravenção que previam, eram, todavia, de caráter puramente formal.³¹ As ações punidas simplesmente com uma sanção pecuniária (*Geldbusse*) eram contravenções e as punidas com penas, delitos. Se uma ação era punida com

pena ou com uma sanção pecuniária, decidia-se, no caso concreto, sobre o caráter da mesma. As leis citadas prescreviam (art. 6º da Lei Penal econômica e art. 2º da Lei das Contravenções) os critérios que deviam seguir o juiz ou as autoridades administrativas para deslindar os delitos e as contravenções, nestes casos. Esses critérios eram, sem dúvida, puramente quantitativos. O delito e a contravenção se distinguiam pela importância do dano causado, ou pela dessemelhança de grau do desvalor da ação. Na nova Lei de Contravenções de 24.5.68,³² que substituiu a de 25.3.52, desaparecem os tipos mistos e falta, por isso, um preceito similar ao art. 2º da antiga Lei. No entanto, estão mantidos na Lei Penal econômica, depois das reformas introduzidas pela Lei de Introdução à Lei das Contravenções de 24.5.68 e a Lei de 3.6.75 (o antigo art. 6º é agora o 2º).³³

As leis alemãs referidas também não conseguiram sinalizar uma diferença qualitativa entre a pena e a sanção pecuniária.³⁴ Para fundamentar uma diversidade qualitativa não basta que as sanções pecuniárias não sejam inscritas no Registro de Antecedentes criminais e não possam ser substituídas por prisão em caso de insolvência.³⁵ Isso se deve a que sua imposição implica geralmente um desvalor ético-social menor e em considerações de política criminal.

Ao não ter sido possível até agora se determinar uma diferença qualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo e entre pena e sanção administrativa, resulta inadmissível do ponto de vista das exigências do Estado de Direito a hipertrofia atual do poder sancionatório da Administração na Espanha. Nos termos do art. 603 do CP: "Nas ordenações municipais e demais regulamentos gerais ou particulares da Administração que se publicarem sucessivamente e nas ordens de polícia e bom governo que ditarem as autoridades não serão esta-

belecidas penas maiores que as cominadas neste livro, ainda quando tenham que ser impostas em virtude de atribuições governativas, a não ser determinação diversa por leis especiais".³⁶ As penas correspondentes às contravenções são, fundamentalmente, a prisão menor (de um a trinta dias) e a multa até cem mil pesetas.³⁷ Hoje, as sanções administrativas de caráter pecuniário superiores a cem mil pesetas não são uma exceção, senão um fenômeno muito frequente.³⁸

Segundo o art. 28, 1ª da Lei Orgânica 1, de 21.2.82, sobre proteção da segurança do cidadão, as infrações reguladas na mesma podem ser sancionadas com multas de até cem milhões de pesetas, quando se trata de infrações muito graves, de até cinco milhões de pesetas, no caso de infrações graves e até cinquenta mil pesetas para infrações leves. Entre as sanções são incluídas, também, a suspensão temporária de licenças, autorizações ou permissões e o fechamento de fábricas, locais ou estabelecimentos de dois anos a seis meses de duração, para o caso de infrações muito graves e graves (art. 28, 1ª d e e). No casos "graves de reincidência", a suspensão e o fechamento poderão ter uma duração de dois ou seis anos, conforme a gravidade das infrações — graves ou muito graves (último parágrafo, inc. 1, do art. 28). De acordo com a Lei de 19.7.84, de caráter geral para a defesa dos consumidores e usuários, as infrações leves são sancionadas com multas de até 500.000 pesetas, as graves até 2.500.000 de pesetas e as muito graves até 100.000.000 de pesetas, podendo-se ultrapassar nestes dois últimos casos, o limite fixado, até o quántuplo do valor dos produtos ou serviços objeto da infração. Nestas infrações muito graves, o Conselho de Ministros pode assentir, além disso, no fechamento temporal do estabelecimento, instalação ou serviço por um prazo máximo de cinco anos (art. 36).³⁹ Nos

termos da Lei Orgânica n. 7, de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas, as multas podem ser muito elevadas. Assim, o art. 13 prevê o seguinte: "As pessoas responsáveis pelas infrações administrativas de contrabando serão sancionadas com multa de metade ao duplo do valor dos gêneros ou correlatos". Nas infrações urbanísticas, de acordo com o art. 228 da lei sobre o regime do solo e ordenação urbana (texto refundido e aprovado por Decreto Real 1.346 de 9.4.76), os prefeitos podem impor multas até o limite de 500.000 pesetas, nos municípios que não excedam a cinquenta mil habitantes, de 1.000.000 de pesetas, nos que excedam de cem mil habitantes, de 5.000.000 de pesetas nos que não excedam a quinhentos mil habitantes e nos demais de quinhentos mil habitantes, a multa pode ser de até 10.000.000 de pesetas. Os Governadores, após informe prévio das Comissões Provinciais de Urbanismo, podem sancionar as infrações urbanísticas com multas de até 25.000.000 de pesetas; o Ministro de Obras Públicas e Urbanismo, após informe prévio da Comissão Central de Urbanismo, de até 50.000.000 de pesetas e o Conselho de Ministros, mediante proposta do Ministro de Obras Públicas e Urbanismo, após informe prévio da Comissão Central de Urbanismo, de até 100.000.000 de pesetas. "Nos parcelamentos ilegais, o montante das multas poderá ser ampliado", segundo o n. 7 do art. 228, "em uma quantidade igual a todo o benefício obtido, mais os danos e prejuízos causados e a quantia da sanção não será nunca inferior à diferença entre o valor inicial e o da venda das parcelas corresponsdentes".⁴⁰

A Administração podia aplicar, inclusive, não faz muito tempo, sanções privativas de liberdade, em substituição às pecuniárias⁴¹, possibilidade que foi

felizmente excluída pelo art. 25, 3, da Constituição que declara: "A Administração civil não poderá impor sanções que, direta ou subsidiariamente, impliquem em privação de liberdade". Em algum caso, a Administração chegou a aplicar penas privativas de liberdade. Em relação ao disposto na Lei penal e processual de delitos monetários de 24.11.38 (art. 7º c/c o art. 8º), o juiz de delitos monetários (que era leigo, dependente do Ministério da Fazenda e nomeado pelo Conselho de Ministros, mediante proposta do primeiro) podia aplicar, além de uma pena de multa, uma pena de prisão até o máximo de 3 anos, com independência da prisão subsidiária por insolvência. Pelo Real Dec.-lei 1 de 4.1.77, atribuiu-se aos Juizados Centrais de Instrução e à Audiência Nacional a competência para julgar os delitos de tráfico monetário compreendidos nos arts. 283 a 290 (falsificação de moeda) do Código Penal e na Lei de delitos monetários. A Lei penal e processual de delitos monetários foi, posteriormente, derogada pela Lei 40 de 10.12.79, sobre o regime jurídico do Controle de Câmbios.

É urgente um reexame por parte do legislador dos limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Entre o ilícito penal e o administrativo, pena e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador. Na redistribuição da matéria, deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural)⁴² e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção). Uma grande parte das contravenções previstas no Livro III do Código Penal poderiam ser transformadas em infrações puramente administrativas⁴³ e as infrações administrativas de maior gravidade deveriam ser converti-

das em delitos ou contravenções, ou ser suprimidas quando coincidam com figuras delitivas já existentes atualmente no Código. Neste sentido parece-me acertada, p. ex., a despenalização de numerosas contravenções pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal, que passaram a ser meras infrações administrativas; a transformação em delitos das infrações mais graves de contrabando, pela Lei Orgânica 7 de 13.7.82, que modifica a legislação vigente em matéria de contrabando e regula os delitos e infrações administrativas,⁴⁴ e a introdução no Projeto de Lei Orgânica de Código Penal, de 1992 (seguindo a pauta já traçada pelo Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980), de algumas figuras delitivas referentes à regulação de mercados (arts. 286 e ss.), e dos delitos urbanísticos (delitos contra a ordenação do território, arts. 310-11). Dentro do campo das infrações administrativas, deveria ser unificada a classificação das mesmas, de acordo com sua gravidade,⁴⁵ distinguindo infrações administrativas graves e leves.

Diante desse contexto, de não se poder diferenciar qualitativamente o ilícito penal do administrativo, é preciso estender às infrações administrativas a aplicação de alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal. Neste sentido, convém destacar que a Constituição estabelece o princípio da legalidade para as infrações e sanções administrativas (art. 25, 1): "Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua realização não constituam... infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento". O critério é louvável, mas deveria ter se limitado às infrações e sanções administrativas graves. Sua aplicação a todas as infrações e sanções administrativas não me parece viável, sem um amplo recurso à técnica das leis penais em branco⁴⁶ que dá lugar

a sérios problemas desde o ponto de vista do princípio da legalidade⁴⁷, ou até a uma simples habilitação legal para regular infrações e sanções administrativas.⁴⁸

O Tribunal Constitucional, na transcendental decisão de 30 de janeiro de 1981 (cujo relator foi Manuel Díez de Velasco) considerou que o princípio *ne bis in idem*, entre as penas e as sanções administrativas, "vai intimamente ligado aos princípios de legalidade e tipicidade das infrações reconhecidos, principalmente, pelo art. 25 da Constituição".⁴⁹ Invoca o Tribunal Constitucional, em apoio a sua tese, os trabalhos de elaboração do texto da Constituição no Congresso onde se renunciou em estabelecer de forma expressa, no art. 9º, o princípio *ne bis in idem* por ser considerado como incluído no de legalidade e tipicidade proclamados no art. 25. García de Enterría aduz, por seu turno, em abono a esta interpretação, a conjuntiva ou, que se utiliza no enunciado do princípio de legalidade das infrações e sanções penais e administrativas no art. 25, 1, da Constituição: "Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua produção não constituam delito, contravenção ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento".⁵⁰ São inconstitucionais, portanto, todas as disposições legais e regulamentares contrárias à vigência do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas.⁵¹

No art. 9º, 3, da Constituição se estabelece o princípio da irretroatividade "das disposições sancionadoras não favoráveis", entre as que se encontram, sem dúvida, as de caráter administrativo.

Também, deveria ser estabelecido em uma lei que regulasse, em caráter geral, o exercício do poder sancionador da Administração, o princípio da retroatividade das leis mais favoráveis, a prescri-

ção das infrações e sanções administrativas, e para as infrações administrativas graves, o princípio de culpabilidade e a possibilidade de interpor contra a resolução em que se aplique sanção administrativa, um recurso suspensivo ante os Tribunais de Jurisdição Criminal.⁵²

1. Sanções Penais e Administrativas Disciplinares

As tentativas de delimitação material entre o ilícito criminal e o ilícito disciplinar foram até o momento de pouco sucesso. Para Maurach, o ilícito disciplinar tem um caráter interno, ainda que não tenha sofrido diminuição alguma a autoridade do Estado, nem perturbado a marcha da Administração. Nos delitos de funcionários públicos do Código Penal, o bem jurídico protegido é, ao contrário a confiança dos cidadãos na transparência da gestão administrativa. Esse critério de Maurach não permite realizar uma diferenciação qualitativa entre o ilícito penal e o disciplinar. A diminuição ou o menoscabo da confiança dos cidadãos na transparência da gestão administrativa pode ser produzido também pelo ilícito disciplinar e, no entanto, estar ausente nos delitos de funcionários públicos do Código Penal. No Direito Disciplinar, segundo Maurach, as infrações interessam só como sintoma de que o funcionário não é merecedor de confiança (é um Direito não de fato, mas de autor) e a sanção é, a rigor, uma medida com fins de correção e proteção, diferentemente da pena que é retribuição do fato delitivo realizado⁵³. Não obstante, torna-se difícil admitir que a sanção disciplinar não deva ter relação com a gravidade da infração, mas unicamente com a falta de probidade do funcionário, da qual a infração deva ser um mero sintoma.

O critério proposto por Cuello Calón⁵⁴ e Antón Oneca⁵⁵ não permite uma distinção qualitativa entre o ilícito disciplinar

e o penal. O Direito Penal teria como fim, segundo esses autores, a tutela da ordem jurídica e o Direito Disciplinar, de outro lado, manter os funcionários no cumprimento de seus deveres (Cuello Calón), ou contribuir para a melhor organização de um serviço público (Antón Oneca). A este respeito, é preciso ponderar que o Direito Penal não se limita a tutelar uma ordem jurídica preexistente, mas constitui também uma parcela de dita ordem. Os preceitos do Direito Penal que tratam dos delitos de funcionários públicos têm como objetivo, o mesmo que os do Direito Disciplinar, manter os funcionários no cumprimento de seus deveres e contribuir para uma melhor organização do serviço público. Não me parece convincente, por isso, tampouco o critério de distinção qualitativa sugerido por Emílio Octávio de Toledo e ao qual adere García de Enterría: na infração disciplinar, o bem jurídico protegido seria a organização administrativa e nos delitos de funcionários públicos o serviço que a sociedade tem direito de exigir da Administração.⁵⁶

Entre o ilícito disciplinar e o penal só há diferença de grau. O legislador estende a ameaça da pena às formas mais graves de ilícito disciplinar. A sanção disciplinar e a pena não se distinguem essencialmente. Para isso, na minha opinião, não basta destacar, como faz García de Enterría,⁵⁷ "que a potestade disciplinar é uma potestade de supremacia especial". A sanção disciplinar há de ser também justa, adequada à gravidade da infração e necessária. A sanção disciplinar, no entanto, dentro do limite máximo fixado pela justiça, leva em conta não só os fins de prevenção geral e a prevenção especial, mas também as exigências de prestígio e de bom funcionamento da Administração. As sanções penais e as disciplinares são, por isso, independentes.⁵⁸

A menor gravidade do ilícito disciplinar frente ao ilícito penal explica porque no Direito Disciplinar as condutas não estejam reguladas, com frequência, em uma Lei, mas em disposições de caráter regulamentar, com uma simples habilitação legal.⁵⁹ Sua definição não costuma ser exaustiva, nem vem vinculada expressamente a cada uma delas uma sanção determinada. As sanções disciplinares não são aplicadas, pelo mesmo motivo, pela jurisdição ordinária, mas pelas autoridades administrativas em resoluções, em geral revogáveis.⁶⁰⁻⁶¹

NOTAS

1. V. Maurach, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 4ª ed., 1971, pp. 14 e ss., e Maurach-Zipf, *Strafrecht*, A.T., 1, 7ª ed., C.F. Müller, 1987, pp. 13 e ss.

2. A teoria do Direito Penal de polícia representou a primeira tentativa nesse sentido. Esta teoria nasceu, como assinalou Mattes, por influência do jusnaturalismo racionalista. Tratava-se de diferenciar um Direito Penal judicial ou criminal, de um Direito Penal de polícia, um ilícito autêntico, "natural", de um simples ilícito de polícia. Feuerbach foi o primeiro que procurou estabelecer com clareza esta diferença. Segundo ele, o crime em sentido estrito se caracteriza pela lesão de um direito do Estado ou do cidadãos, enquanto o simples delito ou contravenção de polícia estava constituído por condutas que em si não são antijurídicas, porque não lesionam direito algum, mas que o Estado proíbe para o cumprimento mediato de seu fim, porque trazem perigo para o ordenamento jurídico e a segurança. Vide Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, I, Geschichte und Rechtsvergleichung*, Dunker Humblot, Berlim, 1977, pp. 105 e ss. e 109 e ss.

3. V. Maurach, op. cit., p. 15 e Maurach & Zipf, op. cit., p. 13.

4. James Goldschmidt, *Das Verwaltungssstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpressão da 1ª ed. de Berlim, 1902, Scientia Verlag, Aalen, 1969. Uma

exposição detalhada da doutrina de Goldschmidt, formulada na obra anteriormente citada e outros trabalhos posteriores, em R.V. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, reimpressão da 1ª ed. de Berlim, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, t. II, pp. 106 e ss. e Heinz Mattes, op. cit., pp. 135 e ss. e 141 e ss.

5. Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard Frank zum 70 Geburtstag*, reimpressão da 1ª ed. de Tubinga, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1969, pp. 518 e ss.

6. Eb. Schmidt, *Das neue wesdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950, *Beihefte zur Deutscher Rechtszeitschrift*, Heft 11, 1950; e *Empfiehlt es sich die Dreiteilung der Strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welchen Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen? Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 1, Grundsatzfragen, Bonn, 1956, pp. 333 e ss.; Lange, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 233 e ss.; H.G. Michels, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlim, Walter de Gruyter, 1963; e Bockelmann, "Umwandlung der Verkehrsübertretungen" in *Ordnungswidrigkeiten, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, pp. 165 e ss. e *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe*, loc. cit., pp. 117 e ss.

7. V. o trabalho fundamental de J.R. Parada Vázquez, "El Poder Sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal," *Revista de la Administración Pública*, 67, 1972, pp. 41 e ss.

8. V. Parada Vázquez, op. cit., pp. 91-2, que considera: "A solução mais razoável... seria a de mudar a ordem jurisdicional, revisando ante a jurisdição penal, os atos sancionadores da Administração, aceitando a possibilidade de interpor recurso suspensivo contra esses atos" (p. 92); e Miguel Bajo Fernández, "El Derecho Penal Económico. Un Estudio de Derecho Positivo español", separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973, pp. 121 e ss., que propõe uma interpretação restritiva da ressalva do art. 603 do CP, de modo que as sanções administrativas superiores às penas das contravenções sejam penas e estejam sujeitas às regras do Tít. III do Livro

I do Código Penal e não possam ser impostas pela Administração, senão pelos Tribunais de Justiça, mediante um procedimento criminal.

9. V. nesse sentido, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Libertad Religiosa y Orden Público*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 79 e ss., "Sanciones Penales y Gubernativas", *Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 1971, pp. 11 e ss. e 16 e ss., e "Multas Administrativas", *Revista de Administración Pública*, 279, 1976, pp. 31 e ss. e 37 e ss.; Casabó Ruiz, J.R., em *Comentários al Código Penal*, de J. Córdoba Roda e G. Rodríguez Mourullo, II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 85-6; e Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, Civitas, 1981, pp. 161 e ss.

10. Goldschmidt partia para distinguir entre o ilícito administrativo e o penal da diferente situação em que é o homem considerado em uma e em outra esfera. No Direito Penal, o homem aparece como indivíduo dotado de vontade autônoma e no Direito Administrativo, ao contrário, como membro da sociedade a serviço dos fins do progresso social. O delito administrativo seria infração do dever de colaboração. Este critério não encontrou eco, com razão, na literatura jurídica (v. Antón Oneca, *Derecho Penal*, P.G., Madrid, 1949, p. 9 e Stampa, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Miñón, Valladolid, 1953, p. 60). O Direito, a totalidade do ordenamento jurídico, como assinala Mattes, parte da concepção do ser humano não como um ser individual, isolado, mas como um ser social, com sua peculiar vinculação à comunidade (v. Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, II, Geltendes Recht und Kritik*, editado e elaborado, depois da morte do autor, por sua esposa Dra. Herta Mattes, Duncker-Humboldt, Berlim, 1982, pp. 93 e ss., especialmente pp. 124-5. Tanto nas leis administrativas como nas penais, o legislador declara que ações são lícitas e ilícitas e estabelece uma linha de conduta para realizar o progresso social. Tampouco, teve eco o critério proposto por Goldschmidt de que o delito administrativo não seria um ato contra o Direito — como o delito penal — mas somente um ato contra a ordem administrativa, pois a contraposição entre Direito (que parte do indivíduo, de seus direitos e bens) e Administra-

ção (que procura conseguir o bem estar social), de raiz liberal, foi superada (v., a este respeito, H. Mayer, *Strafrecht*, A.T., Kohlhammer, 1953, pp. 71-2, e *Strafrecht*, A.T. Kohlhammer, 1967, pp. 56-7; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 4ª ed., Duncker-Humboldt, Berlim, 1988, p. 52 e Mattes, op. cit., pp. 135 e ss. e 141 e ss.).

11. Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 238, *Juristenzeitung*, 1957, p. 132 e *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962. Maurach afirma também a impossibilidade de reconhecer a existência de delitos naturais ou ético-socialmente *a priori* (v. Maurach, op. cit., p. 5).

12. Lange, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, *Juristenzeitung*, 1957, p. 238; neste sentido também Michels, op. cit., pp. 78 e ss.

13. V. tb. *Die Magna Charta der anständigen Leute*, *Juristenzeitung*, 1956, pp. 75-9; *Der Strafgesetzer und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1956, pp. 519 e 521-3, e *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 233 e 237-8.

14. Eb. Schmidt, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 26-8.

15. Michels, op. cit., p. 48 e ss.

16. Mezger-Blei, *Strafrecht*, I, A.T., 15ª ed., 1973, pp. 5-6 e Blei, *Strafrecht*, I, A.T., 18 ed., 1983, pp. 5-6.

17. V. Lange *Der Strafgesetzer und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 521; Wolf, op. cit., p. 548; Michels, op. cit., p. 57 e ss.; Mezger-Blei, op. cit., pp. 5-6; e Bockelmann, "Umwandlung der Verkehrsübertretungen", in *Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., pp. 167 e ss. Segundo Lange, o princípio da culpabilidade funciona aqui só como limite. Na medição da pena, o critério reitor viria subministrado pelos fins racionais destas leis administrativas (*Die Magna Charta der anständigen Leute* lug. cit., p. 77). Para Bockelmann, a sanção administrativa pode ter um caráter retributivo, mas nunca é expressão de um juízo desvalorativo ético-social sobre o autor (op. cit., pp. 168-9).

18. V. tb. nesse sentido, H. Mayer, op. cit., 1953, pp. 56 e 73; Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, cit., p. 238 e ss.; Jescheck, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 459; *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 52-3; Arthur Kaufmann, *Das Schulprinzip*, C. Winter Universitäts Verlag, Heidelberg, 2ª ed., 1976, pp. 136-7; Krümpelmann, *Die Bagatelldelikte*,

Duncker-Humblot, Berlim, 1966, pp. 171 e ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, A.T., I, p. 30; Schmidhäuser, *Strafrecht*, A.T., 2ª ed., 1975, pp. 257-8; Baumann-Weber, *Strafrecht*, A.T., 9ª ed., pp. 39 e ss. e Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, II, pp. 175 e ss., 238 e ss. e 241 e ss.

19. V. Welzel, op. cit., pp. 238-240.

20. A doutrina espanhola considera, em sua maioria, como exemplos de meras infrações de polícia ou administrativas. Vide, Rodriguez Muñoz, Notas a la Traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, I, 1955, pp. 10-11.

21. V. Welzel, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 240; Krüpelmann, op. cit., p. 173 e Mattes, op. cit., pp. 163 e ss. e 170 e ss.

22. V. H. Mayer, op. cit., pp. 72-3; Jescheck, op. cit., p. 459; e Mattes, op. cit., pp. 143 e ss. e 147 e ss. Se o interesse da Administração é às vezes somente *ratio legis* (segundo Michels, op. cit., p. 69 e ss., este é sempre o caso), também o é a proteção dos bens jurídicos nos delitos de perigo abstrato do Direito Penal criminal.

23. Nesse sentido, Krüpelmann, op. cit., p. 175.

24. A pena tampouco o é sempre. Não o é quando, excepcionalmente, o delito punido é uma conduta irrelevante a partir da ética social. De outra opinião Rodriguez Mourullo, segundo a qual a pena é sempre expressão de um juízo desvalorativo ético-social, enquanto que a sanção administrativa não o é nunca (*Derecho Penal*, P.G., p. 34).

25. Neste sentido, também, Krüpelmann, op. cit., p. 177; Schmidhäuser, op. cit., p. 258; Mattes, op. cit., pp. 288 e ss.; Rudolf Schmitt, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, C. Heymanns Verlag, 1970, pp. 12 e ss.; Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., I, *Introducción*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 54; José Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha, 1989, pp. 51-2 e 73 e ss. e José Garberí Llobregat, *La Aplicación de los Derechos y Garantías Constitucionales a la Potestad y al Procedimiento Administrativo Sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 66-7 e 68-9. Segundo Garcia de Enterría não existem diferenças qualitativas, materiais, entre as penas e as sanções administrativas de proteção da ordem geral, mas sim entre as penas e a sanções que chama de autoproteção,

entre as quais inclui as de caráter disciplinário, as de polícia dominial (tendentes à proteção da integridade das coisas ou bens públicos), a rescisão de atos administrativos favoráveis e as tributárias. A potestade sancionadora seria nestes casos "uma potestade doméstica, no sentido de dirigida à própria proteção mais que a outros fins sociais gerais, com efeitos somente em relação àqueles que estão diretamente em contato com sua organização e funcionamento e não contra os cidadãos em abstrato" (v. Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, pp. 148 e ss. e 152 e ss. Parece-me duvidoso que este critério permita uma distinção qualitativa, pois as sanções tributárias, por exemplo, estão orientadas, sem dúvida, não só à própria proteção da Administração, mas à consecução de uns fins gerais de política social e econômica. O mesmo cabe dizer, no meu entender, das sanções de polícia dominial e da rescisão de atos administrativos favoráveis. Estas sanções, por outro lado, encontrarão sua justificação unicamente, como as penas, em sua proporção à gravidade da infração e em sua necessidade. No que diz respeito às sanções disciplinares, v. infra, pp. 14 e ss., especialmente, pp. 15-6.

26. V. Wolf, op. cit., pp. 521-2.

27. V. Welzel, *Juristenzeitung*, 1957, pp. 131-2; Aftalion, *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 87 e H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, II, pp. 126 e ss.

28. H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 73.

29. V. H. Mattes, op. cit., p. 130.

30. V., nesse sentido, também, R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 2, pp. 112 e ss. e Mezger, *Strafrecht*, I, A.T., 8ª ed., 1958, p. 5 (de outra opinião, Mezger-Blei, *Strafrecht*, I, A.T., pp. 5-6); H. Mattes, "Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen" in *Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., p. 27 e ss.; Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 13 e ss.; G. Jakobs, *Strafrecht*, A.T., *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova York, 2ª ed., 1991, pp. 53 e ss.; Stampa, op. cit., pp. 57 e ss.; Rodriguez Muñoz, op. cit., pp. 10-11; Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 48 e ss.; e III, pp. 976-7; Antón Oneca, op. cit., pp. 9-10; Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español*, P.G., 15ª ed., Madrid, 1992, p. 32; Casabó Ruiz, J.R., op. cit., pp. 81 e ss.; Miguel Bajo

Fernández, op. cit., p. 117 e ss.; Sáinz Cantero, op. cit., pp. 52-3; Lorenzo Martín-Retortillo, op. cit., pp. 83 e ss.; Suay Rincón, op. cit., pp. 85 e ss., especialmente, pp. 96-7 e José Garberí Llobregat, op. cit., pp. 62 e ss., especialmente, pp. 68-9.

31. V., nesse sentido, Bockelmann, Z. Str. W., t. 66, 1954, pp. 123 e ss.; H. Mayer, op. cit., p. 71 e ss.; Aftalión, op. cit., pp. 96 e ss.; Schmidhäuser, op. cit., p. 258 e Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 13 e ss.

32. Sua atual redação é de 19.2.87, ainda que tenha sido parcialmente modificada posteriormente pelas Leis de 17.5.88; 30.8.90 e por várias disposições contidas no Tratado da Unificação Alemã de 31.8.90, para o antigo território da República Democrática Alemã.

33. V., a esse respeito, Rudolf Schmitt, op. cit., p. 13 e Göhler, *Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Juristenzeitung*, 1968, pp. 583 e ss. e 613 e ss.; e *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 9ª ed., Verlag C.H. Beck, Munique, 1990, p. 21 (n. 33).

34. V. H. Mayer, op. cit., pp. 47 e 71-2 e Rudolf Schmitt, op. cit., pp. 12 e ss.

35. Nesse sentido, Krüpelmann, op. cit., p. 177 e R. Schmitt, op. cit., p. 12. Na nova Lei das Contravenções de 24.5.68 (arts. 96 e 66, § 2º) se prevê um "arresto de apremio" para o caso de falta de pagamento da sanção pecuniária ou de uma parte dela, se o interessado não comunicou aos órgãos de execução a impossibilidade em que se encontra de pagar, ou o tendo feito, aqueles não conhecem circunstância alguma que possa justificar dita impossibilidade.

36. V. sobre a origem e as vicissitudes históricas do art. 603 do CP vigente, o interessante artigo de J.R. Casabó Ruiz, "La Capacidad Sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal", em *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 275 e ss. No art. 610, 1, da Proposta de Anteprojeto de novo Código Penal de 1983, se dispunha que: "Nas ordenações municipais e demais regulamentos administrativos não serão estabelecidas sanções que equivalham a penas maiores que as cominadas neste Livro, a não ser que se determine de modo diverso, por leis especiais, sem que em nenhum caso as sanções possam implicar, direta ou indiretamente, privação de liberdade". É preocupante que no Projeto de Código Penal de 1992 não se tenha incluído um preceito semelhante.

37. Segundo o limite estabelecido pela Lei Orgânica 3 de 21.6.89, de atualização do Código Penal (arts. 28 e 74 do CP).

38. V., a esse respeito, Lorenzo Martín-Retortillo, *Sanciones Penales y Sanciones Gubernativas*, pp. 14-5 e "Multas Administrativas", *Revista de Administración Pública*, 79, 1976, pp. 25 e ss. Ao se ter adotado no Projeto de Código Penal de 1992 o sistema de dias-multa (arts. 46 e ss.), elevou-se consideravelmente o limite máximo da pena de multa correspondente às contravenções. A quota diária máxima é de 30.000 ptas., e a multa de dois meses pode alcançar a soma de 2.000.000 de ptas.

39. O art. 36 dispõe, ainda, que o valor das multas deverá ser revisado e atualizado periodicamente pelo Governo, de acordo com a variação dos preços de consumo.

40. O art. 231 assevera: "Quando o benefício que resultar de uma infração urbanística for superior à sanção correspondente, poderá esta ser aumentada da quantia equivalente ao benefício obtido". Inclui-se, aqui, também, na importância das multas o confisco do benefício ilícito obtido. Suay Rincón critica, com razão, a inclusão de um conteúdo indenizatório, reparador ou de confisco nas sanções administrativas. Isto explicaria, segundo ele, a elevada quantia que alcançam em alguns casos as multas e constituiria "a razão última que tradicionalmente tem impedido configurar as sanções administrativas em torno de uma única rede de princípios homogêneos" (cf. J. Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, pp. 70 e ss.).

41. V. a primeira edição de meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Madrid, 1976, p. 42.

42. Essa tarefa implica, sem dúvida, em juízos de valor e por isso diferenças podem ser qualificadas como valorativas, como faz Torío, "Injusto Penal e Injusto Administrativo (Presupuestos para la reforma del Sistema de Sanciones)", em *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenagem ao Prof. Eduardo García Enterría, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2.536 e ss., e, especialmente, pp. 2.539 e ss. Todavia, continuam sendo diferenças quantitativas. O mesmo se pode dizer a respeito da opinião de Roxin, de que as diferenças quantitativas a partir de um certo limite (difícil de ser precisado, de outro lado) convertem-se em qualitativas (cf. *Strafrecht*, A.T., I, Grundlagen. *Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, Verlag, C.H. Beck, Munique, 1992, p. 22.

43. Não devem ser suprimidas de outro lado, as contravenções, como propunha nas Emendas ns. 860 e 1.260 do Grupo Parlamentar Comunista, ao art. 19 e à totalidade do Livro III do Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980, por razões processuais e porque permitem uma maior matização da gravidade das infrações penais (v. a este respeito, meu *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, pp. 259-60).

44. De conformidade com o art. 1º da citada Lei, serão considerados autores do delito de contrabando, aqueles que realizem qualquer das condutas descritas no mesmo “sempre que o valor dos gêneros ou efeitos seja igual ou superior a um milhão de pesetas” e quando, qualquer que seja o valor, “o objeto do contrabando sejam drogas, estupefacientes, armas, explosivos ou outros, cuja posse constitua delito” ou “o contrabando se realize através de uma organização”.

45. Na Lei sobre Regime do Solo e Ordenação Urbana as infrações administrativas são classificadas em graves e leves (art. 226) e na Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários, de 19 de julho de 1984 (art. 35) e na Lei Orgânica 1 de 21.2.92, sobre proteção da segurança comunitária (arts. 23-6) são classificadas em muito graves, graves e leves.

46. V., a esse respeito, Suay Rincón, op. cit., pp. 174 e ss.

47. Cf. meu *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 157.

48. Por exemplo, no art. 21 K da Lei que regula as bases do regime local e o art. 59 do texto refundido das disposições vigentes em matéria de regime local, para a regulamentação das infrações e sanções, das ordenações municipais (v., Francisco Sanz Gandásequi, *La Potestad Sancionatoria de la Administración: La Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1985, pp. 110 e ss.).

49. V. a Jurisprudência Constitucional, editada conjuntamente pelo Tribunal Constitucional e o BOE, t. I, 1ª ed., 1982, p. 18. V. tb. no mesmo sentido, de afirmar o fundamento do princípio *ne bis in idem* no art. 25, I, da Constituição, o acórdão de 3.10.83 do Tribunal Constitucional, do qual foi relator D. Luís Díez Picazo.

50. V. Eduardo García de Enterría, “La Incidencia de la Constitución sobre la Potestad Sancionadora de la Administración: dos importantes acórdãos do Tribunal Constitucional”, in

La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1981, pp. 246 e ss.

51. V., nesse sentido, Eduardo García de Enterría, op. cit., p. 244.

52. V. uma proposta similar, *de lege ferenda*, em M. Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico*, Madrid, Civitas, 1978, p. 108, precedida de uma detida análise dos possíveis mecanismos compensatórios da redução da potestade sancionadora da Administração (papel da Administração na persecução de certas infrações delitivas, valor probatório das autuações da Administração e transação penal), pp. 100 e ss.; e “Hacia una Ley de Contravenciones: el modelo portugués”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, fasc. 3º, pp. 584 e ss.; Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, P.G., I, pp. 56 e ss.; e “El Proyecto de Código Penal a la luz del Movimiento Mundial de Reforma de las Leyes Penales”, in *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 183-4. Não me parece necessário, no entanto, como sugere Sainz Cantero, já anteriormente proposto por Castejón (“En torno a lo penal y administrativo”, *Revista Facultad de Derecho*, Madrid, 1942; *El Código de Policía y los Tribunales de Policía, Investigación*, ns. 264-5, Madrid, 1950), mas basta tão-só promulgar uma lei que regule, com caráter geral o exercício da potestade sancionadora da administração e na que se estabeleçam os princípios básicos que seriam vinculantes para todo o Direito Administrativo sancionatório. Este é o critério que adotava a Proposta de Anteprojeto do novo Código Penal, de 1983, em cuja disposição final se anunciava que o Governo no prazo de seis meses deveria remeter ao Parlamento, entre outros Projetos de Lei, um que regulasse a potestade sancionadora da Administração. É lamentável que no Projeto de Código Penal de 1992 não se incluía um preceito semelhante. Na lei alemã das Contravenções de 24 de maio de 1968, reformada por outras posteriores, são previstos os princípios de legalidade e culpabilidade (arts. 1º, 3º, 4º, 10, 11 e 12). O § 1º, do art. 1º, declara que: “Uma contravenção é uma ação antijurídica e reprovável que realiza o tipo de uma lei que permite a punição com uma sanção pecuniária” (*Geldbusse*). A aplicação por uma mesma ação de uma pena e uma sanção pecuniária (*Geldbusse*) é impossível art. 86) e se prevê

a possibilidade de se interpor recurso suspensivo ante os órgãos da jurisdição criminal (arts. 67 e ss.). Muito importante é o tratamento expresso na prescrição (arts. 31 e ss.) e a possibilidade de comparecimento de um funcionário diante da jurisdição criminal para explicar os fundamentos da sanção (art. 76). O art. 2º da Lei Federal suíça do Direito Penal administrativo de 22.3.74, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1975, determina a aplicação, em princípio, dos preceitos da Parte Geral do Código Penal às contravenções e nos arts. 73 e ss., alude à possibilidade de se interpor recurso suspensivo contra as decisões das autoridades administrativas frente à jurisdição criminal. No processo criminal a Administração também é parte (v. Markus Peter, *Das neue Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1974, fasc. 4, pp. 338 e 353 e ss.). Na Itália, a Lei n. 689/81, de reforma do sistema penal, que continuou a tarefa despenalizadora, estabeleceu a aplicação para todas as infrações administrativas dos princípios de legalidade (art. 1º), imputabilidade (art. 2º, 1), culpabilidade (art. 3º, 1) e *ne bis in idem* (art. 9º); v. o estudo detalhado sobre esta lei, em Suay Rincón, op. cit., pp. 120 e ss. A propósito do Decreto-Lei de Contravenções portugueses de 27.10.82, onde se estabelece expressamente a aplicação às contravenções dos princípios fundamentais do Direito Penal e Processual Penal modernos (v. M. Bajo Fernández e Blanca Mendoza Buergo, "Hacia una Ley de Contravenciones: el modelo português", cit., pp. 588 e ss.).

53. V. Maurach, op. cit., pp. 10-11 e Maurach-Zipf, op. cit., p. 9.

54. V. Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, t. I, P.G., 1979 e ss., 18ª ed., 1980.

55. V. Antón Oneca, *Derecho Penal*, P.G., 1949, p. 10.

56. V. Emilio Octávio de Toledo, *La Prevaricación del Funcionario Público*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 267 e ss.; e Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, II, p. 172.

57. Cf. op. cit., p. 149.

58. No acórdão de 30.1.81 do Tribunal Constitucional, no qual se proclama o fundamento constitucional do princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas, faz-se uma ressalva: "sem a existência de uma relação de supremacia especial da Administra-

ção — relação de funcionário, serviço público, concessionário, etc. — que justificasse o exercício do *jus puniendi* pelos Tribunais e por sua vez a potestade sancionadora da Administração". O Tribunal Constitucional assinalou no acórdão de 10.12.91, que não basta a relação de supremacia especial para justificar a dualidade de sanções, mas que "é indispensável, ademais, que o interesse juridicamente protegido seja distinto e que a sanção seja proporcionada a essa proteção". No que versa o suposto processado, entende o Tribunal Constitucional que "a não reprovação dos funcionários da polícia governativa é um interesse legítimo da Administração que, ao sancionar disciplinarmente aos que foram objeto de condenação criminal, não infringe, em consequência, o princípio *ne bis in idem*". Favorável a uma extensão, com algumas restrições, do *ne bis in idem* à sanções penais e disciplinares (cf. Stratenwerth, *Strafrecht*, A.T., I, *Die Straftat*, pp. 31-2; Baumann-Weber, *Strafrecht*, A.T., pp. 45-6; G. Jakobs, *Strafrecht*, A.T., pp. 59-60; Roxin, *Strafrecht*, A.T., I, p. 24; Casabó Ruiz, in *Comentários al Código Penal*, de Juan Códoba Roda & Rodríguez Mourullo, II, pp. 94-5; Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, P.G., p. 30; Emilio Octávio de Toledo, op. cit., p. 277 e ss. (que sugere a aplicação das regras do concurso de normas — geralmente o princípio da consunção — ou de delitos, quando uma mesma conduta constitua um ilícito penal e disciplinar) e E. García de Enterría, op. cit., pp. 171-2).

59. O Tribunal Constitucional admitiu, no acórdão 81 de 10.10.83, a constitucionalidade de uma sanção disciplinar imposta por uma infração de igual natureza, estando ambas reguladas em uma disposição de caráter regulamentar (v. Sanz Gandásequi, op. cit., pp. 87 e ss.).

60. V. Antón Oneca, op. cit., p. 10; Maurach, op. cit., pp. 10-11; Maurach-Zipf, op. cit., p. 9; e Cuello Calón, op. cit., p. 10.

61. Na Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo comum de 26.11.92 (pub. no *DOE* de 27.11, portanto, em data posterior à conferência) incluiu-se uma regra de caráter geral do exercício da potestade sancionadora da Administração. Nela se proclamam os princípios de legalidade e tipicidade, e para torná-los aplicáveis a todas as infrações e sanções administrativas, utiliza-se o recurso da habili-

tação legal. Segundo o art. 129, 3, "as disposições regulamentares de desenvolvimento poderão introduzir especificações ou graduações no quadro das infrações ou sanções estabelecidas legalmente que, sem constituir novas infrações ou sanções, nem alterar a natureza ou limites das que a lei contempla, contribuam à mais correta identificação das condutas ou à mais precisa determinação das sanções correspondentes". São estabelecidos os princípios de irretroatividade e retroatividade das disposições sancionadoras favoráveis (art. 128), a prescrição das infrações e sanções administrativas (art. 132) e o princípio *ne bis in idem* entre as sanções penais e administrativas (art. 133). Não se prevê, no entanto, o princípio de culpabilidade, nem sequer para as infrações administrativas graves, pois o art. 130, 1, dispõe, que "só poderão ser sancionadas por fatos constitutivos de infração admi-

nistrativa as pessoas físicas e jurídicas que sejam responsáveis pelas mesmas, ainda que a título de inobservância"; e se estabelece, inclusive, uma responsabilidade de caráter solidário (art. 130, 3). Na regulação do princípio de proporcionalidade (art. 131,3) afirma-se unicamente que "na determinação normativa do regime sancionador, assim como na imposição de sanções pelas Administrações Públicas, dever-se-á manter a devida adequação entre a gravidade do fato constitutivo da infração e a sanção aplicada, considerando-se especialmente os seguintes critérios para a graduação da sanção a ser aplicada: a) a existência de intencionalidade ou reiteração; b) a natureza dos prejuízos causados; c) a reincidência, por prática ao término de um ano de mais de uma infração da mesma natureza, quando assim tenha sido declarado por resolução transitada em julgado".

DOUTRINA NACIONAL

EQUIPE CRIMINOLÓGICA: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Psicólogo, Doutor em Psicologia Clínica, pela PUC de São Paulo, Professor do Departamento de Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP, Membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, Psicólogo do Centro de Observação Criminológica, Diretor da Clínica Psicológica da Universidade de Guarulhos.

1. Introdução — 2. Escola de pensamento — 3. Estrutura formal do exame — 4. Finalidade — 5. Natureza do exame — 6. Linguagem técnica, terminologia — 7. Enfoques dos diversos informes — 8. O item "Discussão", do exame criminológico — 9. O item "Conclusão", do exame criminológico — 10. Conclusão.

1. Introdução

A experiência vem mostrando de forma cristalina a necessidade de uma sistematização, coerência e consistência internas do trabalho da equipe criminológica, visando-se um desfecho conclusivo claro e fundamentado, (convergência), respeitadas as diversidades ou até oposições de informações, no curso dos informes técnicos, e as necessárias diferenças de conteúdo e de enfoque entre as várias áreas profissionais envolvidas no trabalho (divergências). Se bem que os diferentes conteúdos das áreas, embora desejados e necessários, devem todos convergir para uma unidade fundamental de enfoque, que é o criminológico (no caso dos exames criminológicos).

Permitindo-nos fazer uma diferenciação de conceitos, diríamos que o trabalho da equipe criminológica, mais do que multidisciplinar, é interdisciplinar. Ou seja, mais do que simples junção de informações provenientes de diversas áreas profissionais, ele supõe o interrelacionamento dessas informações, devi-

damente discutidas e sopesadas sob o enfoque criminológico, visando uma conclusão fundamentada em elementos de convicção. Os informes técnicos, embora oriundos de fontes diversas, sob diversas metodologias, sob os enfoques específicos de cada área (e mesmo que carreando pontos de controvérsia por divergências técnicas relativas ao caso *sub studio*), devem todos convergir para um diagnóstico criminológico sobre a conduta criminal, do qual resulta um prognóstico criminológico e uma conclusão atrelada à finalidade do exame. Convergência não implica necessariamente supressão ou encobrimento de divergências de pontos de vista técnicos. Diante de tais divergências, implica antes o reconhecimento aberto das mesmas e sua discussão, face a um mesmo enfoque norteador e mediante critérios comuns fundamentais de decisão. Entre os opostos de convergência, no contexto desta nossa explanação, não colocaríamos propriamente divergências, mas sim: assintonias, incoerências, inconsistências.

Para se analisar a questão da convergência do trabalho da equipe crimino-

lógica, e também de suas divergências, às vezes necessárias, devem ser levados em conta os seguintes aspectos: escola de pensamento, estrutura formal do exame, finalidade do exame, natureza do exame, linguagem (terminologia), conteúdos e enfoques das áreas profissionais, discussão, conclusão.

2. Escola de pensamento

A convergência impõe-se como fundamental e básica, no que concerne à escola de pensamento. O pré-requisito primeiro e básico para que uma equipe criminológica funcione como equipe, e mais do que isso, para que o sistema penitenciário funcione de fato como um sistema integrado do ponto de vista da ciência criminológica, é a unidade quanto à escola de pensamento, do ponto de vista da criminologia. Não há como os técnicos de áreas diversas se entenderem, se cada um adota uma escola de pensamento, sobretudo no caso desta ser vazada mais em ideologias do que em critérios científicos. A criminologia, enquanto praticada no sistema, não deve ser tratada como um logradouro de polêmicas ideológicas sobre o crime, criminoso e criminalidade, mas, sim, com ciência, a qual se desenvolve e se realimenta mediante realização de pesquisas, envolvendo o crime, criminoso e, até mesmo, a criminalidade, a partir de bancos de dados coletados dentro de uma convergência de pensamentos.

Não há como harmonizar, fazer convergir os trabalhos de técnicos que tenham interpretação e compreensão fundamentalmente diversas do problema da conduta criminal. Assim, não há como convergirem suas análises num trabalho, técnicos de posições antagônicas, tais como:

a) De um lado, técnicos que vêm no delinqüente a primeira grande vítima: vítima do sistema, da justiça, da própria sociedade, e de outro lado, técnicos que

vêm no trabalhador honesto a grande vítima, passando o criminoso a ser o grande foco de toda maldade, e que deve ser excluído, ou, quando não, exterminado.

b) De um lado, técnicos que entendem estar só no ambiente, nas interações sociais, nas relações de poder e de domínio as grandes causas da criminalidade, e, de outro lado, técnicos que analisam quase que exclusivamente o indivíduo criminoso, passando as variáveis ambientais, sociais a ser meros fatores contingenciais, cujo peso está totalmente subordinado às predisposições do indivíduo e à forma como são integrados psiquicamente.

c) De um lado, técnicos que vêm nos fatores psicossociais, familiares, as únicas ou quase únicas causas da conduta criminal, e, de outro lado, técnicos que vêm nos fatores orgânicos, endógenos, constitucionais os grandes determinantes últimos dessa conduta.

Tais posições antagônicas são aqui colocadas propositadamente de forma extremada, de forma tal que dificilmente um técnico reconhecerá seu enquadramento numa ou noutra. Refletem-se porém em "inspirações", diretrizes de pensamento, viéses de interpretação, e embora não sejam claramente explícitas, nelas se estribam muitas das divergências técnicas, ainda que acobertadas por outros motivos aparentes, pelo que se inviabiliza então, nesses casos, qualquer acordo final.

3. Estrutura formal do exame

Venho constatando, em minhas funções de membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, que os exames criminológicos (e pareceres das Comissões Técnicas de Classificação — CTC), divergem quanto à sua estrutura, plano, às peças que o compõem. Assim, enquanto algumas equipes incluem o importantíssimo e imprescindível item

“Discussão”, outras não o incluem. Algumas equipes intitulam seu trabalho de “parecer da CTC”, outras de “exame criminológico”, enquanto outras acrescentam ao parecer, assinado por toda a equipe, o exame criminológico, este assinado pelo médico psiquiatra, o que, aliás, é um gritante absurdo, pois o exame criminológico é trabalho essencialmente interdisciplinar. Ainda, enquanto em algumas equipes todos assinam a conclusão, noutras somente o Diretor assina a conclusão, o que é outro absurdo, pois, conclusão é decisão técnica, cabe aos técnicos, aos membros da equipe, elaborá-la e assiná-la, incluído aí o Diretor, se for o caso. Em algumas equipes, após os informes jurídico-penais, carcerários e técnicos, os dados são discutidos, chegando-se ao final a uma conclusão. Noutras, porém, verifica-se que cada técnico, ao final de sua avaliação, já emite sua opinião (favorável ou contrária), e a conclusão é feita mediante votação, o que é outro grande absurdo, pois decisão técnica jamais deve ser objeto de votação. Imaginemos se uma junta médica submetesse à votação a decisão de submeter ou não um paciente à cirurgia. Como se sentiria o paciente, ou a família, ao saber do fato? É simplesmente inadmissível, do ponto de vista da ciência criminológica, cada área emitir sua opinião à parte, à revelia do que informam as outras áreas.

Dentro da panorâmica geral atual, a estrutura de exame que mais atende às necessidades, em meu entendimento, é a seguinte: Finalidade do exame; Estudo jurídico-penal; Informações carcerárias e terapêutico-penais; Avaliação social; Avaliação psicológica; Avaliação psiquiátrica; Discussão; Conclusão.

4. Finalidade

Ao colocar a finalidade do exame como um dos fatores de convergência,

não quero dizer que basta citá-la. Muito mais do que isso, todos os técnicos devem ter plena consciência da finalidade, pleno conhecimento do alcance e implicações do benefício solicitado (ou da medida a ser tomada), convergindo então, todos, para essa finalidade o seu trabalho, sua discussão e conclusão.

5. Natureza do exame

Esta questão me parece bem mais complexa. Há que se ter, entre os técnicos, um consenso sobre a natureza do exame (ou do parecer da CTC), como fator de convergência. Não existe, a meu ver, no sistema penitenciário, um consenso sobre a natureza do exame criminológico e do parecer de CTC. Na prática, ambos são tratados da mesma forma, embora, a partir da Lei Penal e da Ciência Criminológica, tenham objetivos distintos. O parecer da CTC deveria voltar-se eminentemente para a execução, para a terapêutica penal e seu aproveitamento por parte do sentenciado. Já o exame criminológico é peça pericial, analisa o binômio delito-delinquente e o foco central para o qual devem convergir todas as avaliações é a motivação criminal, a dinâmica criminal, isto é, o conjunto de fatores que nos ajudam a compreender a origem e desenvolvimento da conduta criminal do examinando. Ao se estabelecerem as relações compreensivas entre essa conduta e esses fatores, se estará fazendo um diagnóstico criminológico. Na discussão, devem então ser sopesados todos os elementos desse diagnóstico e contrabalanceados com os dados referentes à evolução terapêutico-penal, de forma a se convergir o trabalho para um prognóstico criminológico, do qual resultará a conclusão final. Portanto, no exame criminológico, a motivação criminal constitui-se num fator imprescindível de convergência das análises e discussões.

5. Linguagem técnica, terminologia

Se cada técnico tem o seu estilo pessoal de se expressar, de redigir, o mesmo não é admissível no que tange à linguagem técnica, ao significado dos termos utilizados. Há que se buscar perfeita convergência na linguagem técnica, no significado dos termos técnicos, convergência essa que, após definida no âmbito das equipes, deveria ultrapassar esse âmbito e atingir todas as demais esferas que se utilizam das peças técnicas. E eu diria que é necessária, tanto uma convergência horizontal de linguagem, isto é, entre todos os profissionais envolvidos, como longitudinal, isto é, ao longo da prática criminológica.

A guisa de ilustração, cito alguns termos técnicos que, embora importantes no âmbito da criminologia, percebo nem sempre serem igualmente compreendidos por todos os que os utilizam e os lêem, na prática criminológica: “personalidade imatura”, “infantilidade”, “controle repressivo”, “agressividade”, “delinqüência ocasional”, “delinqüência caracterológica”, “mesocriminoso preponderante”, “auto-crítica”, “adaptação ao regime carcerário”, “prisionização”, “prospecção de futuro”. Há termos que, inclusive por seu caráter de generalidade e pouca precisão, dão margens a múltiplas interpretações. Impõe-se buscar uma convergência na forma de compreendê-los.

7. Enfoques dos diversos informes

O Exame Criminológico, (ou o Parecer da CTC), compõe-se de diferentes informes, de diferentes avaliações: os informes das áreas técnicas, (social, psicológico e psiquiátrico), o estudo jurídico-penal e os dados referentes à vida carcerária. Ora, aqui sim, é de se esperar hajam divergências quanto ao enfoque de cada avaliação, no que diz respeito ao conteúdo de seus dados.

Infelizmente, porém, observa-se às vezes que alguns informes se sobrepõem. Assim, p. ex., a avaliação psicológica, em alguns casos, nada mais é que um outro estudo social, ou ainda um mero relato de entrevista ou da própria auto-avaliação do examinando, como tal assumida pelo psicólogo. Com isso, o psicólogo se descompromete exatamente daquilo que, por sua competência e responsabilidade profissionais, lhe cabe fazer: a avaliação técnica de personalidade, das condições egoícas, dos mecanismos de controle, da capacidade adaptativa, da inteligência, etc. Também o estudo social não raras vezes é um mero relato daquilo que o examinando disse ao assistente social, por este assumido e simplesmente transcrito como “verdade”, sem nenhuma preocupação por fazer, de fato, uma avaliação psicossocial, sócio-familiar e sócio-econômica e do contexto e dinâmica das relações da atual vida carcerária do sentenciado. Ao proceder dessa forma, entendo que o assistente social está se prestando a ser mero informante para os demais profissionais e está se menosprezando como membro atuante nas decisões técnicas da equipe. Quanto ao exame psiquiátrico, observo que, com relativa frequência, o que ocorre é um simples exame das funções psíquicas básicas, de sua preservação, ou não, (além de uma observação inicial sobre a forma como o examinando se apresenta, vestes, higiene, etc.), sem nenhuma preocupação pelo enfoque criminológico, propriamente.

Portanto, o que se observa aqui, por vezes, é, de um lado, a convergência, a similitude de alguns informes em seus conteúdos, quando se esperam “divergências”, (embora sempre sob o enfoque criminológico), e, de outro, é a divergência de conteúdo entre técnicos da mesma área, quando se espera convergência.

8. O item "Discussão", do exame criminológico

O item "discussão" entendo como sendo o núcleo central do enfoque criminológico, no exame criminológico. Ele estabelece a relação entre os aspectos relevantes abordados nas avaliações, define a ligação, a ponte entre as descrições técnicas, entre os diversos informes e a conclusão. É da discussão que deve resultar, de forma coerente e clara, a conclusão, e não diretamente dos diversos informes. Nesse item, são sopesados e contrabalanceados, sob o enfoque criminológico, todos os dados significativos levantados nos diversos informes. São explicitadas e discutidas as divergências e oposições ou até possíveis contradições entre esses dados. Por conseguinte, a discussão vai muito além de um mero resumo dos informes, no qual os dados são simplesmente juntados numa somatória. Vê-se pois tratar-se de um item que deve ser o elemento fundamental de convergência de todo o trabalho técnico.

9. O item "Conclusão", do exame criminológico

A conclusão é uma decisão técnica, voltada à finalidade do exame. Os elementos que a subsidiam e a forma como a subsidiam devem estar explicitados na discussão. Os diversos informes e dados observados não devem ter na decisão um

peso simplesmente quantitativo, de forma a prevalecer aquele dado ou opinião mais recorrente. O seu peso deve ser qualitativo, definido em função do tipo de conduta criminal e sua motivação. Por isso mesmo, evidencia-se descabido qualquer tipo de votação, ao se tomar uma decisão técnica dessa natureza.

10. Conclusão

Vimos então que o trabalho da equipe criminológica deve ser um todo coerente, voltado para um enfoque básico e único, o criminológico, o qual se centra sobre a motivação criminal, visando-se, a partir da análise da mesma, um diagnóstico criminológico e, em decorrência deste, um prognóstico criminológico. O trabalho deve se nortear por uma escola criminológica de pensamento, expurgando-se influências ideológicas, alheias e refratárias a uma metodologia científica. Todos os técnicos devem ter claras a finalidade e natureza do exame. Há que se buscar uma compreensão comum dos termos técnicos, tanto em sua utilização, como em sua leitura. Respeitadas as diversidades de conteúdos dos vários informes que compõem o exame, todos os dados técnicos devem ser sopesados e relacionados no item "discussão", criando-se uma ponte para a conclusão, entendida esta como uma decisão técnica, de forma a se garantir a sua fundamentação e uma coerência geral do exame criminológico.

DOUTRINA NACIONAL

A CULPABILIDADE E O CONCEITO TRI-PARTIDO DE CRIME

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

Professor da FADUSP e advogado criminal

1. Introdução — 2. Teoria do crime: Visão analítica — 3. Teoria do crime: Visão estrutural — 4. Teoria do crime e culpabilidade — 5. Conclusão.

1. Introdução

Este breve estudo pressupõe a compreensão da ciência penal como ciência dogmática.¹ Assim, porque o objetivo do trabalho é contrastar certa inclinação doutrinária que vê o delito como um fato típico e antijurídico, constituindo-se a culpabilidade tão só pressuposto da pena.

Fundamental, portanto, para a realização de uma crítica que aponte o equívoco metodológico da postura acima citada, situar-se no mesmo plano científico, a utilização da mesma linguagem científica, operando na mesma perspectiva metodológica, transitando dentro de idêntico sistema jurídico-penal.

Conhecidos são os conceitos material, formal e analítico de crime.² Os dois primeiros deitam raízes na construção científica primeira do Direito penal. Carnignani já identificava no delito dois elementos, um objetivo e outro subjetivo, denominando-os respectivamente força física e força moral.³ Carrara, adotando a mesma terminologia, “força física” e “força moral”, acrescentou a contradição ao direito como elemento essencial na composição do crime, elaborando uma consistente teoria, de injeável logicidade.

Enquanto o conceito material contém elementos de natureza econômica, so-

ciológica, moral filosófica, o conceito analítico atende a exigências lógico-sistemáticas. Este somente se tornou possível após a decisiva evolução da ciência do direito penal, principalmente no final do século passado e início deste.

Necessário foi o surgimento das categorias da antijuridicidade (Rudolph Von Ihering), da tipicidade (Ernst Beling) e da culpabilidade (Adolfo Merkel) para que se contruísse o conceito analítico, primeiramente pensado por Von Liszt.⁴

As condutas danosas ou perigosas às condições fundamentais de existência da sociedade transformam-se em crime por força da legislação penal, que lhes prevê contornos, fixando-lhes o desvalor. Cabe ao jurista “a tarefa de revelar a realidade jurídica dessas condutas”.⁵

O trabalho de adequação de conceitos, a operação silogística de subsunção do fato, enquanto conceito naturalístico, à norma penal, enquanto conceito jurídico, é missão do penalista.⁶

Caminha este estudo no estabelecimento de algumas precisões conceituais na teoria do crime, dentro de uma perspectiva estruturalista, com o objetivo de neutralizar a noticiada tendência de ver o delito simplesmente como conduta típica e antijurídica, ficando a culpabilidade como pressuposto da pena.⁷

2. Teoria do crime: visão analítica

O método analítico procede pela decomposição do objeto ou situação em partes, com a repartição destas em partes ainda mais simples. Sua finalidade é resolver a situação ou objeto nos seus elementos mais simples.⁸

Contrapõe-se ao método analítico o sintético. Enquanto o primeiro segue do geral ao particular, do complexo ao simples, do todo aos elementos, o segundo, o método sintético, vai do princípio ao principiado, dos constituintes ao constituído, das partes ao todo, do simples ao composto.⁹

A análise ganhou preponderância por seu cunho didático, pela singular capacidade de fazer conhecidos os objetos e de explicá-los logicamente, coincidindo com a tendência empirista do cientificismo.

O método analítico, a partir da constituição do Direito penal como ciência dogmática, encontrou terreno propício à abordagem do delito sob aspecto normativo, com a constituição, no primeiro quartel deste século, das categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.

A abordagem dogmática fez a decomposição do crime em conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, esta última retirada do conceito por considerar-se apenas consequência jurídica, dando resultado à conhecida definição analítica.¹⁰

A afirmação do delito como composto não de elementos mas de requisitos, aspectos ou faces não nega o método analítico, mas o confirma, pois a seguir faz-se a decomposição do conceito em elementos. Elementos estes decomponíveis em outros ainda mais simples, os quais, sem perder o sentido de coordenação sistemática com os demais elementos, seriam compreensíveis isoladamente.

3. Teoria do crime: visão estrutural

Os elementos, ou requisitos, ou aspectos, ou faces do delito (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), pouco importando o batismo que se dê,¹¹ na verdade compõem o conceito jurídico penal de ilícito,¹² numa relação de implicação conceitual.

Impossível a compreensão de um desses conceitos sem a referência aos demais e ao todo. Esses conceitos completam-se, implicam-se, auto-explicam-se, auto-referem-se, integrando-se, nada significando por si próprios. O conceito de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade apenas se tornam “inequívocos” se integrados no sistema, na estrutura de que fazem parte e onde têm lugar definido.¹³

Destacar a tipicidade na construção do crime da referência à antijuridicidade, à culpabilidade e à punibilidade é tornar obscuro o conceito, pois o direito se utiliza, em especial o direito tributário, do princípio da tipicidade como idéia de modelo de correspondência e adequação.¹⁴

Isolar o conceito da antijuridicidade dos demais que compõem a estrutura do crime, mesmo que dele se diga a essência, é nada esclarecer, pois a antijuridicidade não é exclusiva do Direito penal, mas nota característica de todo o universo jurídico.¹⁵

Separar a culpabilidade da referência obrigatória à estrutura do crime é deixar vazio o conceito de ilícito criminal: todo o direito trabalha com o conceito de culpa a exigir-lhe, ou não, a presença para precisas consequências jurídicas.¹⁶

Divorciar, por fim, a punibilidade da referência à estrutura do delito é negar o que de característico há no Direito penal, qual seja a específica sanção criminal.¹⁷

Muitos penalistas intuem a abordagem estruturalista que se põe adequada

à concepção do crime. Maggiore ensina que “il reato non è l'azione più l'antigiuridicità più la colpevolezza, ma è, secondo l'aspetto da cui se consideri, tutto azione, tutto antigiuridicità, tutto colpevolezza”.¹⁸ Zaffaroni, expressando sua concepção realística de crime, adere ao método analítico, todavia não compreendidos os resultados como uma “suma de elementos”, porque a unidade é dada pela ação.¹⁹ Bettiol, aplaudindo Carnelutti, Maggiore, Antolisei e parcialmente Mezger, sustenta a unidade do delito quanto a seus aspectos naturalísticos, mas decomponível pela análise na “tela normativa”, buscando o “justo caminho do meio”.²⁰

A inafastável colocação estrutural do delito pode ser observada na própria evolução dos conceitos que o compõem.

Afirmou-se inicialmente ser a tipicidade a *ratio cognoscendi* ou a *ratio essendi* da antijuridicidade.²¹ A seguir, o surgimento da teoria finalista da ação, que inovação não trouxe senão a recolocação dos elementos dos conceitos; a teoria dos elementos negativos do tipo penal; a discussão do erro e o posicionamento da consciência da ilicitude se no dolo, por isso no tipo, se na culpabilidade, por isso conceito normativo.²² Igualmente a idéia de antijuridicidade material, cujo trabalho principal foi ligar o conceito de contrariedade formal ao direito ao bem jurídico e seus pressupostos, estabelecendo vínculo mais estreito com o tipo penal, como modelo de proibição. Modernamente, a concepção da dupla colocação do dolo (na culpabilidade e no tipo), com a afirmação de uma culpabilidade dolosa, portadora de um diferenciado desvalor do ânimo, diferente da função do dolo no tipo penal, que é portador do sentido jurídico-social da ação.²³

A política criminal da atualidade não enxerga a culpabilidade como pressu-

posto isolado de aplicação da pena. Seguindo as coordenadas do princípio da intervenção mínima, a pena não deve ser aplicada se inexistente a reprovabilidade intensa da conduta, ou, também, se o delito for de escassa lesividade social.²⁴

Essas realocações sistemáticas dentro da estrutura da teoria do delito, na feliz imagem de Ricardo Antunes Andreucci “um jogo de xadrez”, evidenciam a natureza estrutural do delito. A inequivocidade dos conceitos somente é encontrável com referência ao conjunto.

Como observa Jorge de Figueiredo Dias, a ciência penal não logrou até o presente momento uma apreciação unitária e sincrética de seu objeto essencial, em decorrência “da necessidade de análise e dissociação, cindindo aquele objeto numa pluralidade de elementos parcelares e transformando a simultaneidade entitativa numa sucessão lógica”.²⁵

O formidável Prof. Miguel Reale, em trabalho dedicado ao estudo da estrutura do delito, finaliza com penetrante observação do filósofo-jurista: “Em conclusão, em todo delito, tipicidade fática, antijuridicidade e culpabilidade se integram e se correlacionam, para dar-nos a plenitude de seu significado, devendo aquelas notas determinantes ser examinadas analítica e sinteticamente, como elementos distintos de uma unidade estrutural, ficando concomitantemente atendidos, de um lado, a intencionalidade pessoal e irreduzível do agente e, do outro, o significado social objetivo de sua conduta”.²⁶

Evidente, contudo, a utilidade do trabalho analítico, principalmente na operacionalidade de que se dotou o direito penal, na compreensão, interpretação e explicação do fenômeno criminal, sob prisma jurídico, e consequente aplicação da sanção criminal.

4. Teoria do crime e culpabilidade

Dizer constituir o delito uma conduta típica e antijurídica, sendo a culpabilidade pressuposto da pena, não é exato por variadas razões.

Primeiramente porque a tipicidade e a antijuridicidade também são pressupostos da pena, constituindo elementos antecedentes necessários à aplicação da sanção penal.²⁷

Em segundo lugar porque o juízo de reprovação, essência do conceito normativo de culpabilidade, não recai somente sobre o agente mas inclusive e necessariamente sobre a ação.

Frank ao construir a teoria normativa da culpabilidade²⁸ acrescentou aos momentos do dolo e da culpa a reprovabilidade da conduta, “construindo seu conceito não só com o dolo e a culpa, mas com a imputabilidade e a normalidade das circunstâncias concomitantes”. (*Normalität der begleitenden Umstände*).²⁹

O juízo de reprovabilidade tem como destinatário o agente, mas constrói-se a partir do fato concreto em que ele agiu, na consideração e avaliação das circunstâncias fáticas que cercaram o agente. O fato é o suporte “que exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma”.³⁰ Daí porque Fragoso, fazendo remissão a Aníbal Bruno e a Frank, define a culpa como a “reprovabilidade que recai sobre a ação praticada por imputável, com dolo ou culpa, tendo ou podendo ter o agente consciência de que viola um dever, em circunstâncias de inexigibilidade de comportamento diverso”.³¹

A inexigibilidade de conduta diversa, do poder agir de outra maneira, implica na consideração do fato e suas circunstâncias, referidos ao agente, procedendo-se a uma global apreciação axiológica, para, finalmente, emitir-se definitivo juízo normativo de culpabilidade.³²

Welzel mesmo observa: “como es primaria la voluntad de acción, a través de la cual el autor hubiera podido dirigir su comportamiento conforme a la norma, así es objeto primario de la reprochabilidad la voluntad de acción y solamente a través de ella, también la acción toda. Por eso se puede denominar, con la misma razón como “culpable”, tanto la voluntad de acción como la acción total”.³³

Não se encontra o juízo normativo, portanto, desligado do fato, a recair isoladamente sobre o sujeito.³⁴

Não há, por outro lado, razão para afirmar ter a legislação brasileira agasalhado esta ou aquela orientação científica. A lei penal não faz decididas opções doutrinárias, nem assume compromissos com esta ou aquela teoria dogmática.

Ricardo Antunes Andreucci, um dos autores da nova parte geral do Código Penal, estudando a culpabilidade adverte que a “lei, em sua construção e enunciado, não se compadece com opções doutrinárias prévias”.³⁵

Igualmente a lei penal, muita vez, usa dos termos sem precisão técnica e conceitual. Muitos códigos, inclusive o brasileiro, não definem juridicamente o que seja crime, usando de uma terminologia anárquica, que pouco esclarece.³⁶

Daí distinguir Zaffaroni entre delito em sentido estrito e sentido amplo, sendo aquele a conduta típica, antijurídica e culpável, enquanto este a conduta típica, ou típica e antijurídica (injusto).³⁷

Desse modo, não se pode inferir da legislação brasileira que o uso da locução “isento de pena” signifique necessariamente a exclusão da culpabilidade e que para exclusão da criminalidade a lei refira sempre “não há crime”.³⁸

Assim, p.ex., no erro de tipo permissivo. Quando o erro recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação inexistente, evidentemente, tipicidade

da conduta por ausência de dolo. O legislador, contudo, refere “isento de pena” (art. 20, § 1º). Mesmo se tratando de uma descriminante, a lei adverte que “não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

O legislador não afirmou a existência de um crime, todavia declarou o autor isento de pena. Não fica configurada a modalidade típica dolosa, podendo restar a forma culposa. Somente se configurada tipicamente a modalidade culposa haverá crime: o erro exclui o dolo, que, estando no tipo, prejudica a tipificação da forma dolosa.

Outro exemplo. No erro de tipo que recai sobre a pessoa contra quem é o crime praticado, o § 3º, do art. 20, afirma não estar o agente “isento de pena”, o que situaria a questão nos domínios da culpabilidade. Todavia, como se sabe, trata-se de erro de tipo, que anula o dolo. Somente não se exclui plenamente a tipicidade dolosa porque tal erro é acidental, não recaindo sobre dado essencial do modelo típico.

Pense-se também no estado de necessidade exculpante, em que o agente para salvar um bem jurídico de menor relevância sacrifica aquele entitativamente superior, todavia não lhe sendo exigível, nas excepcionais circunstâncias em que atuou, conduta diversa.³⁹

Sua conduta não é censurável pelo direito, não sendo possível formular-lhe juízo de culpabilidade. Todavia, tal estado de necessidade, que exclui a culpa, tanto quanto aquele que afasta a ilicitude, em ambas configurações diz o Código “não haver crime”. (art. 23 do CP).⁴⁰

Na coação irresistível, seja física ou moral, somente é punível o autor da coação, ficando isento de pena o coagido (art. 22 do CP).

Dessa disposição não se autoriza concluir que, isento de pena, o coagido terá praticado o delito, já aperfeiçoado

apenas com a tipicidade a antijuridicidade.

Tanto na coação física, ou irresistível por violência, em que o agente atua como verdadeiro autômato, quanto na moral, em que há um coeficiente de vontade, embora tolhida, em ambas hipóteses evidentemente o crime é praticado pelo coator, verdadeiro autor. Exclui-se com a locução “só é punível o autor da coação” a modalidade típica extensiva da co-autoria, pela falência, na coação física, da própria ação,⁴¹ e ausência do elemento subjetivo típico da co-autoria ou participação, na coação moral.

Na primeira, na coação física absoluta o coacto é apenas instrumento e não o autor de uma ação típica e antijurídica. Na segunda, o coacto não pratica uma conduta típica e antijurídica porque falece dado essencial da ação humana característico do concurso no crime de outrem: a consciência e a convergência de vontade na obtenção do resultado.

Ainda que não se argumente com a ausência de conduta, a configuração de um delito estará obstada pela atipicidade da conduta do coacto, porque excluído o tipo extensivo da co-autoria.⁴² Não se cuida simplesmente da inexigibilidade de comportamento diverso (art. 29 do CP), mas a questão situa-se em momento anterior, com a não configuração da tipicidade extensiva.

Na coação irresistível, portanto, há uma pluralidade de situações, que vão desde a inexistência da conduta, passando pela atipicidade extensiva da co-autoria, chegando por fim ao terreno da culpabilidade. A essas variadas hipóteses, a lei dispensa o mesmo tratamento: “só é punível o autor da coação”.

A conclusão imperativa, destarte, é de que a ação total contrária ao direito, portanto o injusto e a culpabilidade, unidos indissoluvelmente no fato, globalmente comporão o conceito de crime, constituindo o pressuposto, ambos, da pena.

Com acerto, observa Enrique Bacigalupo: "si llamamos injusto a la acción contraria a la norma y tomamos en cuenta que éste es un complemento imprescindible para la culpabilidad, están dados los dos términos que componen la estructura del delito: injusto y culpabilidad. Lo injusto tiene, entonces, una función limitadora: sólo la culpabilidad referida a un injusto será presupuesto de una pena".⁴³

Maurach, com acuidade, trata o injusto e a culpabilidade como uma unidade, numa consideração "totalitária" do delito, afirmando: "El derecho penal, si bien no conoce culpabilidad sin injusto, ni sin embargo injusto sin culpabilidad".⁴⁴

5. Conclusão

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, traz sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, e desmonta lógica e essencialmente a idéia jurídico-penal de delito.

Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica,⁴⁵ cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade.

É uma picada aberta ao abandono do direito penal de fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do direito penal do autor, de pesarasas lembranças.⁴⁶

Como advertiu Juarez Tavares, "o isolamento da culpabilidade como conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade".⁴⁷

NOTAS

1. O direito já não pode ser visto e compreendido como uma ciência puramente dogmática. Tércio Sampaio Ferraz, na linha de Viehweg ("Tópica e jurisprudência") fala de uma perspectiva zetética de investigação, que não situa sua indagação a partir das normas jurídicas postas, mas dos antecedentes e pressupostos da própria norma, numa permanente postura especuladora, indo às bases e origens do próprio processo de formação do direito (*Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1991). Sob a perspectiva zetética, o fenômeno jurídico interessará à sociologia, à economia, à psicologia, à criminologia etc., estando sempre sob questionamento. Jorge de Figueiredo Dias, em artigo que cuida do estado atual da teoria do crime, pretende a construção de um conceito de delito teleológico, funcional e racional, propondo um novo paradigma da doutrina do crime fincado em determinadas premissas político-criminais. (*Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano I, 1, 1991, Aequitas Editorial Notícias, pp. 9 e ss.).

2. Para exposição e crítica do conceito material, formal e analítico de crime, v., principalmente, Everardo da Cunha Luna, *Estrutura jurídica do crime*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1970, pp. 171 e ss.

3. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milão, 1882, apud Heleno Claudio Frago, *Comentários ao Código penal*, RJ, Forense, 1978, I/493, t. II. Sobre a história do direito penal, José Sainz Cantero, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1975.

4. V. a formulação do conceito analítico por Von Liszt no t. II, do *Tratado de derecho penal*, Madrid, Reus, 1927, trad. de Asúa, da 20ª ed. alemã. Aqui o delito é visto como um ato antijurídico e culpável, afirmando Liszt: "Cuando falte uno de los tres caracteres esenciales a la idea, entonces no hay delito" (p. 253).

5. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. 17. A afirmação de constituir o delito uma realidade jurídica não invalida outras abordagens do fenômeno delituoso de acento macro-sociológico, nem prejudica o valor de perspectivas criminológicas de feito crítico, nomeadamente as vertentes da reação social, a interacionista, ou do *labelling approach*. A respeito dessas

perspectivas, Antoni Garcia-Pablos, *Problemas actuales de la criminología*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, especialmente pp. 79-113. V. também Edmundo Oliveira, *Criminologia crítica*, Pará, CEJUP; Juarez Cirino dos Santos, *A criminologia da repressão*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

6. Não é privativo da tipicidade o trabalho de adequação silogística. A operação mental de subsunção do fato à norma envolve o conceito de norma jurídico-penal, como premissa maior, e o conceito de fato como realidade fenomênica, como premissa menor, com a realização do raciocínio de adequação no terreno da tipicidade, da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade. Inobstante haja estágios na elaboração desse raciocínio (delegado de polícia: relevância típica; ministério público: *opinio delicti*; juiz: admissibilidade da ação penal) é a sentença, como um todo, em definitivo, o juízo de adequação ou inadequação, condenando, absolvendo ou extinguindo a punibilidade.

7. Damásio Evangelista de Jesus, *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 1º vol., "nota do autor", e p. 150; Júlio Fabrini Mirabete, *Manual de direito penal*, parte geral, Atlas, 1983, p. 55. René Ariel Dotti (*O incesto*, Curitiba, 1976) foi o precursor da atual posição de Damásio Evangelista de Jesus, como observa Juarez Tavares em *Teorias do delito*, São Paulo, RT, 1980, p. 11, nota 20.

8. Nesse sentido, Nicola Abagnano, *Dicionário de filosofia*, São Paulo, Ed. Mestre Jou, 1982, v. "análise", p. 48.

9. *Dicionário*, cit., loc. cit.; *Enciclopédia Saraiva do Direito*, n. 6, v. "análise".

10. Sobre o conceito analítico de crime e em especial o posicionamento da punibilidade, v. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, parte geral, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 163; Aníbal Bruno, *Direito Penal*, parte geral, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 287; Magalhães Noronha, *Direito penal*, 1/94, São Paulo, Saraiva, 1968; Giuseppe Bettiol, *Direito penal*, 1/261, São Paulo, RT, 1977; Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*, 1/204, parte generale, tomo primo, Bologna, Nicola Zanichelli Ed., 1951. Entre os que incluem a punibilidade dentro do conceito de crime, v. p.e., Nelson Hungria, *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, I/9, t. II; Eduardo Correa, *Direito criminal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1963, p. 198; Giulio

Battaglini, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 339 e ss. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. 21, adota posição *sui generis*, pois compreende a antijuridicidade como essência do crime, não elemento ou requisito, afirmando corretamente ser a tipicidade uma "relação de adequação entre o fato criminoso concreto e a figura legal abstrata".

11. Maggiore, op. cit., p. 204. Preferindo a idéia ao nome, Maggiore antecipa uma abordagem estruturalista dizendo ser o crime todo ação, todo antijuridicidade, todo culpabilidade. Günther Stratenwerth, *Derecho Penal*, parte general, t. I, Madrid, Edersa, 1982, fala em níveis da estrutura do delito. Pannain diz ser impossível o isolamento dos elementos conceituais (*Manuale di diritto penale*, Vol. primo, parte generale, Torinese, p. 262). Todavia, contraditoriamente, Pannain afirma: "Ma la prima osservazione da fare è che se fa diffeto da punibilità, non c'è reato, quindi certamente manca la conseguenza giuridica specifica, che è la pena". Ora, se não há crime ausente a punibilidade, esta integra a natureza daquele, que anteriormente fora negado. É que Pannain faz confusão entre a pena, preceito secundário da norma penal, e a punibilidade conceito abstrato e genérico da estrutura do crime.

12. Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. cit. Não se pode acolher sua afirmação de ser a antijuridicidade a essência do ilícito penal, porque se criaria uma específica ilicitude penal, diversa da civil.

13. Cf. J. Mattoso Câmara Júnior, "Estruturalismo", in *Revista tempo brasileiro*, 2ª ed., ns. 15-16; Lucien Sève, *Estruturalismo e marxismo*, Zahar Editores, trabalho do ano de 1968, p. 106. Aliás, Pannain, como já observado, adverte ser impossível o isolamento dos elementos conceituais. A propósito, v. a monografia "El delito como estructura", Ediar, apartado da *Revista de Derecho penal*, Año I, n. III, trabalho de Laureano Laudarabu.

14. V. *Teoria da imposição tributária*, Saraiva, 1983, de Ives Gandra da Silva Martins, em que mostra a identidade do método de interpretação e exegese do Direito penal e do Direito tributário, especialmente no que se refere ao princípio da estrita legalidade e tipicidade. V. também o *Caderno n. 6 de Pesquisas Tributárias*, Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1981, que foi dedicado ao "Princípio da legalidade". A teoria dos modelos jurídicos foi elaborada pelo Prof. Miguel Reale, para

quem a dogmática jurídica trabalha com os modelos jurídicos como estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, constituindo-se num trabalho de qualificação tipológica. (Cf. *Para uma teoria dos modelos jurídicos*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 16-25).

15. Miguel Reale Júnior, *Dos estados de necessidade*, São Paulo, Bushatsky, 1971, p. 16: "a antijuridicidade é única para todo o ordenamento jurídico". Ao abordar seu âmbito, diz não se restringir a antijuridicidade ao aspecto objetivo, mas deve considerar-se o aspecto subjetivo do comportamento, a intencionalidade e seus elementos particulares.

16. V. arts. 159, 160 e 1.518 e ss. do CC. Consultar a doutrina, a respeito, de Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, parte geral, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 280. Observar igualmente os arts. 100, par. único, 147, 149 e 155 do Código Tributário Nacional e também a doutrina de Rui Barbosa Nogueira, *Curso de direito tributário*, 1976, 4ª ed., p. 168, e ainda o *Manual de direito administrativo*, de José Cretella Júnior, São Paulo, Forense, 1979, pp. 399 e ss. Como diz Heleno Cláudio Fragoso, inexistente diferença substantiva entre o ilícito penal e o civil, e as velhas teorias distintivas que se valiam do elemento subjetivo (culpabilidade e motivos determinantes) "não resistem à análise em face do direito positivo. Não existe diferença de substância entre o ilícito civil e o penal: a diferença é apenas de grau e quantidade. O ilícito penal é mais grave, atingindo mais importantes valores da vida social". (*Lições*, cit., p. 161). Já Von Lizst, ao primeiramente pensar o conceito analítico de delito, afirmara a identidade do ilícito penal e civil. Após oferecer sua definição de crime, observa que "el delito (*Verbrechen*) cae, por consecuencia, con el delito ilicito del Derecho civil, bajo el mismo concepto generico de acto culpable (*Delikt*)", op. cit., p. 263. A diferença específica, portanto, situa-se na sanção penal. Carnelutti, *Il dano e il reato*, Cedam, 1930, pp. 22 e 29, já anotava a identidade entre dano e crime, dizendo ser a mesma coisa o ato proibido pelo direito penal e o resultado, que é a diminuição de um bem jurídico, também de interesse do direito civil, achando a diferença de um e outro apenas na sanção. Atualmente ganha especial destaque a teoria dos fins da pena, que pretende explicar todo o direito penal e a dogmática jurídico-penal a partir da missão do direito penal, da finalidade

da resposta criminal. Nesse sentido, Santiago Mir Puig pretende a construção da teoria do delito sobre a função cometida à pena (preventiva), na concepção do Estado social e democrático de direito. ("Política criminal, pena y delito", in *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 78 e ss.

17. Nelson Hungria com acuidade de espírito observou a necessária interdependência conceitual do elemento punibilidade, dizendo constituir ele "nota específica do crime. Somente ele assinala inconfundivelmente o ilícito penal, em cotejo com o ilícito civil e o ilícito administrativo". (op. cit., p. 26). De maneira sucinta, pode-se afirmar integrar-se o conceito de punibilidade na definição de crime por algumas razões: 1. se definir implica aproximação ao gênero próximo, identificando a diferença específica, a punibilidade é que distinguirá o direito penal dos outros ramos do ordenamento jurídico; 2. a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade não são categorias exclusivas com que opera o Direito penal. Constitui nota distintiva deste ramo do direito precisamente a punibilidade na particular modalidade da sanção penal; 3. de outro lado, não é possível se pensar numa conduta impunível como de interesse penal. Somente um fato penalmente punível interessa à nossa disciplina; 4. por fim, a punibilidade não é consequência jurídica do crime. Ela não deve ser confundida com a pena concretamente cominada ao crime, esta sim sua consequência jurídica. (Cf. Battaglini, op. cit., p. 339 e ss.).

18. Op. cit., p. 204.

19. Eugenio Raul Zaffaroni, *Teoria del delito*, Ediar, 1973, p. 60.

20. Op. cit., p. 257.

21. P. ex., Aldo Moro, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, G. Triulla ed., 1947, p. 113 e ss., e Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, São Paulo, Bushatsky, 1973, pp. 91 e ss. Sustentando ser a tipicidade a *ratio essendi* da antijuridicidade, afirma este último autor que a "a ação ao se realizar já é antijurídica, pois se efetua em contraposição aos valores impostos pelo direito". (p. 91). Já Battaglini via o delito como fato, culpabilidade e punibilidade, excluindo do conceito de fato punível a antijuridicidade, sendo as causas de justificação resolvidas no elemento punibilidade (op. cit., pp. 354-355), ao que teria Mezger aderido, reformulando sua teoria (*Deutsches*

Strafrecht, Ein Grundriss, p. 37 e ss., 2ª ed., 1941, pp. 62 e ss. *apud* nota 385 de Battaglini, op. cit., p. 355).

22. O problema do erro é competentemente tratado por Jorge de Figueiredo Dias na excelente monografia *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, v. também Scipione Piacenza, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960.

23. Nesse sentido, consultar Roxin, quem primeiro sustentou esse duplo posicionamento (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970, pp. 42-43). Consultar também Johannes Wessels, *Direito penal*, parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Fabris, 1976, pp. 36-37. Em sentido contrário, Enrique Gimbernat Ordeig inseridas no trabalho "El sistema del derecho penal en la actualidad" (pp. 83 a 106, nota 44, p. 99), no livro *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976.

24. Sobre as modernas orientações do direito penal, dividindo o social-jurídico entre áreas de conflito e de consenso, e nesta encartando os delitos de bagatela, v. o precioso trabalho de Luiz Flávio Gomes, "Tendências político criminais quanto à criminalidade de bagatela", na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número de lançamento, São Paulo RT, 1992, pp. 88-109. Igualmente sobre os princípios da lesividade e da intervenção mínima no direito penal, Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1990, p. 84 e ss.

25. Op. cit., pp. 12-13.

26. "Preliminares ao estudo da estrutura do delito", in *Estudos de filosofia e ciência do direito*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 118.

27. Como ensina Fragozo, "crime é o conjunto de pressupostos da pena". (*Lições*, cit., p. 165). No mesmo sentido, Juarez Tavares, op. cit., p. 109, nota 13, segundo quem "a expressão pressupostos da pena abrange um campo muito mais amplo do que pretendia essa teoria".

28. "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", em *Festgabe für di juristische Facultät des Universität*, Giessen, 1907.

29. Aníbal Bruno, op. cit., p. 29.

30. Idem, *ibidem*.

31. *Comentários ao Código penal*, cit., p. 498. Ao cuidar do tema da culpabilidade e sua conexão com o erro, textualmente afirma José

Henrique Pierangelli não se poder "conceber no Direito Penal moderno a existência de crime sem culpabilidade..." (RT 616/270).

32. Aliás, a desvinculação do fato poderia conduzir a um direito penal autoritário, voltado somente ao autor e à sua personalidade. Relativamente ao princípio da culpabilidade, adverte Córdoba Roda que "no se deben tomar en consideración presupuestos distintos a los concernientes a la acción culpable a los efectos de crear o agravar la responsabilidad penal". (*Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, p. 21). Dentro de um direito penal do fato, do qual o estado social e democrático de direito é tributário, a personalidade do agente será toda considerada no ajuizamento do ilícito penal, apenas na medida em que ela apareça expressa no fato punível. (Cf. Günther Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, p. 48).

33. *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, trad. Fontán Balestra, p. 148.

34. A reprovabilidade, como admite Zaffaroni, é o "conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochada a un autor". O desvalor no juízo de reprovação é, portanto, eminentemente da conduta, conquanto referível ao agente. Esse "desvalor", como observa Zaffaroni, envolve muito mais um juízo fático de averiguação da conduta exigível, que uma apreciação axiologicamente negativa. A conduta exigível, por outro lado, é fixada atendendo a critérios legais, por isso que reprovabilidade é "el conjunto de características que la ley requiere para reprochar (desvalorar) una conducta". De sorte que a culpabilidade não está na cabeça de ninguém, mas na conduta mesma. Daí afirmar Enrique Cury ter o juiz apenas o trabalho de comprovação axiológica, estando a reprovabilidade na própria ação como mera qualidade sua. (*Orientación para el estudio de la teoría del delicto*, ediciones nueva universidad, 1973, pp. 179-180).

35. *Reforma penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 119.

36. Zaffaroni, op. cit., p. 53.

37., Zaffaroni, op. cit., loc. cit.

38. Em sentido contrário, Damásio, op. cit.

39. Miguel Reale Júnior, op. cit. O Código Penal de 1969 explicitamente adotou, no art. 28, a teoria diferenciadora.

40. Entendemos, como visto, haver a legislação brasileira, mesmo anteriormente à reforma penal de 1984, acolhido as duas formas de estado de necessidade: descriminalizante e exculpante. O § 2º do art. 24, ao dispor sobre a redução da pena na hipótese de sacrifício de bem entitativamente superior, de 1/3 a 2/3, não teve em vista o cotejo de bens, senão a especial situação do agente. A interpretação generosamente extensiva, *in bonam partem*, desse dispositivo abre passagem ao acolhimento do estado de necessidade exculpante, que já não precisará residir na supralegalidade como causa de exclusão da culpabilidade. Afirmando tratar-se o estado de necessidade de situação única de ausência de antijuridicidade, Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios*, cit., pp. 107-122.

41. V. o excelente trabalho de Pierangelli "Conduta: "Pedra angular" da teoria do crime", *RT* 573/315 e ss.

42. Nesse sentido, Ricardo Antunes Andreucci, *Coação irresistível por violência*,

São Paulo Bushatsky, 1973. Andreucci, op. cit., p. IX, concluindo não ser hipótese, a coação absoluta, nem de concurso de agentes, nem de autoria mediata, mas de ausência de ação do coagido, e autoria simplesmente do coator (p. 62).

43. "Problemas del sistema de la teoría del delito", in *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, Depalma, Año 3, 1974, p. 9.

44. *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, trad. de Córdoba Roda, t. I, p. 167.

45. Filippo Gramatica, *Principi di difesa sociale*, Padova, CEDAM, 1961.

46. O nacional socialismo alemão, já se sabe, pretendeu o aniquilamento do conceito analítico de crime, sob inspiração filosófica da Escola de Kiel (Schaffstein, Dahm), privilegiando o delito como manifestação de rebeldia ao direito, adotando o denominado "Willens-*trafrecht*", o direito penal da vontade.

47. Ob. cit., p. 109, nota de rodapé.

DOCTRINA NACIONAL

PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em Santo André,
Associação "Juizes para a Democracia",
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

1. Introdução — 2. Liberdade e liberalismo — 3. A liberdade — 4. A pena e a comunidade — 5. A dignidade do ser humano — 6. A Constituição Brasileira — 7. Conclusões — 8. Bibliografia.

1. Introdução

A crise do Estado brasileiro, enquanto garante da liberdade e segurança dos cidadãos, encontra nas mazelas do sistema penitenciário a mais aguda demonstração de sua ineficiência e do esgotamento de seu modelo de desenvolvimento.

As políticas públicas revelam-se cada vez mais inoperantes e incapazes de resolver as profundas desigualdades sociais, e assim de oferecer aos cidadãos garantias mínimas de proteção à liberdade e ao patrimônio.

É uma crise da noção de Estado.

Não por acaso a questão penitenciária adquire relevo e atualidade. Sistemas prisionais quantitativa e qualitativamente insuficientes são diariamente objeto de exposição, análise e propostas nos meios de comunicação, nas academias e círculos de poder político e econômico.

À sua moda cada analista obtém a mesma conclusão: não é mais possível tal estado de coisas.¹

As proposições dominantes indicam para a adoção da pena de morte e para a "privatização dos presídios". O que têm elas em comum é a preocupação econômica excessiva com desconsidera-

ção absoluta pela noção do papel do Estado moderno, e no plano psicossocial a demonstração de um ódio incontido e profundo contra a massa desvalida, da qual o preso, ao lado do menor, é o objeto de repugnância tal que só encontra parâmetros na política discriminatória de Hitler. São a faceta mais visível de uma sociedade desagregada e sem norte, cujas elites, que já não têm segurança, não os consideram seres humanos.

Não nos interessa aqui a pena de morte. Basta lembrar, para fins de comparação, que a lógica de tal pena foi destruída pelo marquês de Beccaria e com ele superado o pensamento jurídico medieval, no qual "prisões privadas" eram institutos perfeitamente coerentes com uma ordem fragmentada e carente do poder central.

Se o tema privatização dos presídios, ainda que sob perspectiva da racionalidade e modernidade, volta à ordem do dia, devemos questionar a ordem jurídica que se pretende implantar.

Com efeito, tema de tal grandeza não prescinde da discussão de ordem filosófica, ainda que justificado sob a perspectiva econômica, posto que a liberdade, e por conseqüência a sua privação,

é o mais caro de todos os bens que pretende o Estado moderno garantir.

Se parece insensatez imaginar-se o retorno ao obscurantismo, tão mais insensato é pretender-se alteração de tal ordem sem modificação de todo o arcabouço teórico que sustenta o Estado moderno, vale dizer, sem superá-lo.

Cumpra aqui esclarecer que a crise do Estado liberal é a crise da ordem econômica mercantilista, e não da ordem dos "direitos civis". Nunca se acreditou tanto e com tamanha firmeza na liberdade como valor supremo do ser humano. Somente a ignorância da massa manipulada pode justificar o desprezo e pouco caso reinantes a respeito do outro lado da moeda da liberdade, que é a sua privação.

É bem hora dos economicistas admitirem o fracasso de seus projetos diretivos e deixarem de lado e aos cuidados de quem entende do assunto o tema liberdade, pois esta vai bem a despeito de suas influências.

O filósofo do estado e o jurista terminam este século vitoriosos. Que triunfo de tal magnitude não seja manchado pela incapacidade do economista em lidar com o dinheiro numa sociedade complexa e na qual cada ser humano é um indivíduo, e não um dado estatístico.

2. Liberdade e liberalismo

Do homem em total liberdade de Locke, ao estado permanente de guerra de Hobbes, toda a teoria liberal reconhece a categoria racional "estado" como ente superior da organização humana, garante da vida comunitária.

Se em absoluta liberdade como pretende Locke, ou naturalmente bom o homem na teoria rosseauiana, ou ainda em guerra permanente na visão de Hobbes, interessa que a sociedade pré-estatal deu lugar a uma nova ordem sedimentada no consenso e estruturada pelo poder do Estado, que é permanente,

contínuo, inevitável e significado do mais alto grau de racionalidade humana.

É o Estado liberal, na síntese de Bobbio, "o momento supremo e definitivo da vida comum e coletiva do homem, ser racional; como o resultado mais perfeito ou menos imperfeito daquele processo de racionalização dos instintos ou das paixões ou dos interesses, mediante o qual o reino da força desregrada se transforma no reino da liberdade regulada" (*Conceito...*, p. 19).

Este o Estado que hodiernamente podemos dizer liberal.

O homem, na visão hobbesiana, cede, em benefício do Leviatã, que governa com poder e força diretivos da vontade de todos à paz, toda a liberdade que dispunha no estado natural.

Diferentemente, Locke entende pela conservação de uma liberdade residual em benefício do homem, o que mais adiante fundamentará o direito à resistência contra o arbítrio, mas não justifica este *ex parte populus*.

Interessa que o homem dispõe de sua liberdade natural em favor do Estado.

Este o homem do liberalismo.

A operacionalização do contrato social concretizado pela cessão da liberdade plena do homem no estado natural exige mecanismos de atuação peculiares, que grosso modo podem ser sintetizados na vontade geral e no poder inerente ao Estado.

De grande valia a análise do poder estatal, mais precisamente no que toca ao tema em questão.

O juiz natural e a autoridade da coisa julgada garantem o sistema.

Foi Locke que, com precisão e simplicidade, identificou tal fenômeno ao comparar a sociedade civil com o estado de natureza em breve trecho que merece transcrição.

"Em segundo lugar, no estado de natureza falta um juiz conhecido e indiferente com autoridade para resolver quaisquer dissensões, de acordo com a

lei estabelecida; porque, sendo cada homem, neste estado, juiz e executor das leis da natureza, sendo os homens parciais consigo mesmo, a paixão e a vingança podem levá-los a exceder-se nos casos que os interessam, enquanto a negligência e a indiferença os tornam por demais descuidados nos casos de terceiros.

Em terceiro lugar, no estado de natureza falta muita vezes poder que apóie e sustente a sentença quando justa, dando-lhe a devida execução. Os que ofendem por qualquer injustiça raramente deixarão de, pela força, sempre que forem capazes, sustentar a injustiça; essa resistência toma freqüentemente o castigo perigoso e destrutivo para os que o tentam" (*Segundo Tratado...*, ns. 125-126).

É pois, nas sociedades organizadas, o Estado detentor de todo o poder de interpretar leis e exigir o cumprimento de suas sentenças; não apenas exigir, mas fazer cumprir as suas sentenças.

Temos pois que o pensamento político que fundamenta por assim dizer toda a teoria do liberalismo assenta-se num tripé: limitação da liberdade natural, constituição do estado regulador e reconhecimento de poder, autoridade e força a este estado.

A força, em diferentes graus, é sempre monopólio do Estado, pois em favor dele houve a renúncia originária.

Sobre o tema dissertaram Hamílton, Madison e Jay ao defenderem a União: "...Os principais objetivos que visa a União são os seguintes: defesa comum dos membros, preservação da paz pública tanto em relação a convulsões internas quanto a ataques externos...", e mais adiante "...Os poderes essenciais à defesa comum são os seguintes: recrutar exércitos, construir e equipar armadas, prescrever regras para a direção daquelas e destas, orientar-lhes a operações, prover-lhes sustento" ("Memórias do Federalista" — *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, p. 17).

Feitas tais considerações, pergunta-se: pode o particular editar leis? Pode ele interpretar leis com força vinculativa a terceiros? Evidentemente ninguém terá o atrevimento de responder afirmativamente a tais elementares questões.

Se assim é, porque alguns insistem que o particular possa executar as sentenças relativas ao mais precioso bem cuja tutela entregou o homem ao Estado, qual seja, a liberdade?

Somente o desrespeito absoluto a toda herança cultural carregada em séculos de meditação e práxis, motivado por interesses de ordem econômica e política mal esclarecidos, pode justificar tamanha aberração.

A idéia privatista em curso é a negação do Estado pela usurpação dos poderes a ele conferidos pelo indivíduo; é flanco aberto e direto à superação do Estado, já que ente histórico, como a análise hegeliana, marxista, engelian e gramsciniana permitem.

Porém a superação do Estado não se dá pelo fim da luta de classes, mas pelo final e definitivo triunfo de um estamento sobre o outro, conduzida por aqueles que se denominam liberais, com desrespeito as noções mínimas do liberalismo e, inacreditavelmente, debaixo de um postulado antiliberal, sem contudo professar tal fé e respeitar sua lógica.

O monopólio estatal da força é quebrado em favor do particular, que ilegítimamente o exerce contra o próprio indivíduo.²

3. A liberdade

Liberdade não é conceito que se explique pela sua privação, pela não-liberdade, mas que por tal forma se afirma.

Os patronos da privatização, a par de construir distinções conceituais que procuram suavizar o termo, tais como gestão privada, "hotelaria", atos admi-

nistrativos materiais e outras, parecem desconhecer o sentido e o alcance de tão precioso termo.

O preso já foi privado de sua liberdade, de modo que a gestão privada da atividade executiva da pena não ofende os postulados do estado liberal, exceção feita à imposição de penalidades e a devolução do homem ao seu estado originário, tarefas que não subtraem do estado, mais por conveniência que por crença dos privatistas.

A redução do conceito de liberdade ao direito de ir e vir é imanente às teses privatistas, já que tomam o preso em estado de privação deste elementar direito.

Mas a liberdade não é apenas ir e vir, conquanto tal seja seu conteúdo de maior excelência.

Liberdade implica no direito de estar só, coisa impossível em qualquer presídio. Liberdade implica no direito às práticas sexuais segundo a vontade própria de ser humano, atividade sobremaneira dificultada nos presídios; implica no direito à escolha de pessoas com as quais se trava relacionamento, atividade seletiva inimaginável no sistema carcerário; implica no direito de trabalhar como se lhe agrada ou mesmo de não trabalhar, tema caro aos privatistas que não esclarecem satisfatoriamente suas idéias neste campo;³ implica no direito de sentir fome a qualquer tempo e escolher o alimento do agrado; implica no direito à comunicação; no direito ao asseio ou na sua falta, e para tanto basta lembrar que o banho não é um hábito tão freqüente e difundido entre todos os povos; no direito à fé e a uma crença religiosa, e outros tantos incontáveis.

Não pode, e por equívoco conceitual os privatistas não se apercebem da grandeza da noção de liberdade, o particular administrar no sistema carcerário tão elementares direitos somente afirmáveis segundo a noção de liberdade.

O preso, com maior ou menor intensidade, justificada ou injustificadamente, é privado consideravelmente da liberdade de afirmação de tais direitos.

E tudo se passa justamente no curso da execução da pena no interior do presídio, vale dizer, no decorrer da privação da liberdade, constituindo-se assim em objeto de tutela estatal.

Não existem atos materiais cuja execução possa ser entregue ao particular. O conteúdo da liberdade, justamente porque inerente ao ser humano, alcança situações mezinhas de tal monta no interior de um presídio que não deixa espaço ao que não signifique a sua privação. E a reclusão, porque noção antitética da liberdade e a ela conversível, é objeto de tutela estatal indeclinável.

Exemplifique-se com a construção de um edifício prisional, ou ainda a sua disponibilidade para o serviço mediante contrato de direito público, que é coisa distinta cuja natureza jurídica em nada altera a relação jurídica Estado-preso.

Trata-se de questão prévia à execução da pena e indiferente à inserção da pessoa humana em regime de privação da liberdade.

Algo distinto se passa quando, em execução a pena, o preso passa a ter sua liberdade limitada por agentes de segurança particulares. Aqui é o processo de privação da liberdade em pleno desenvolvimento, revelando-se inadmissível sua gestão pelo particular, pois há prática de atos administrativos, e não meramente materiais.

É o caso da determinação de transferência de cela.

Ainda de compostura jurídica absolutamente diversa da primeira hipótese é aquela da realização de laudos de classificação, exames criminológicos e etc...

Em tais hipóteses há uma declaração jurídica de natureza opinativa e/ou in-

formativa relativa à pessoa do sentenciado, não havendo que se falar em ato material, mas em verdadeiro ato administrativo.

Como observa Foucault, o juiz moderno "...não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicam em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir..." (*Vigiar e Punir*, p. 24).

Conclui-se pois que pouco ou nada resta ao concurso da iniciativa privada na execução da pena.

4. A pena e a comunidade

Outra tese privatista em voga é que a participação do particular na execução da pena não é novidade. Ao contrário, desde há muito é reconhecida e estimulada nas legislações. Exemplifica-se com os Conselhos da Comunidade, Patronatos e etc...

Mais uma vez confusão de conceitos.

A participação da comunidade na execução da pena é imperativo e decorência lógica do fenômeno da privação da liberdade.

O homem, em determinado momento de sua vida, teve e resolveu *sponte sua* certo conflito com a comunidade. Em razão disto foi chamado à razão estatal e punido com a reclusão. Neste momento prevaleceu o interesse social. A pena porém é limitada no tempo (não consideramos aqui as penas de morte e perpétua porque aberrações lógicas) e objetiva a ressocialização. Por tais fatores exige-se o concurso do particular na atividade executória. Porque uma vez aplicada a pena é o estado que chama à razão comunidade e dela exige a *mea*

culpa e sua colaboração no processo ressocializador. Prevalece agora o interesse individual na reaquisição das condições objetivas e subjetivas necessárias à devolução da liberdade.

Insistimos no termo "colaboração" porque permite ele outra distinção.

Primeiramente, colaborar significa concorrer, contribuir. Implica o termo da idéia de participação socialmente interessada, mas não individualmente interessada.

A participação socialmente interessada é aquela que objetiva o bem comum em concurso com o estado na consecução dos superiores interesses da sociedade.

Diferentemente, o interesse individual encerra pretensão de vantagem moral ou econômica do agente, indiferente aos interesses comuns ou ao menos a eles prevalentes.

Órgãos como os Conselhos da Comunidade ou Patronatos não encerram pretensão outra que não a socialmente interessada. Neles participam os mais diversos agentes sociais, inclusive o empresariado, todos porém sem qualquer pretensão individual.

Se lucro algum destes órgãos pretendesse, o sítio já não mais seria o da colaboração, mas o da exploração econômica (sem qualquer nota pejorativa), já que este encerra pretensão individual.

Quando a atividade empresarial se assenhora de toda ou parcela da execução da pena, evidentemente objetiva o lucro. O preso deixa pois de ser sujeito — agente social (em recuperação) e torna-se objeto da empresa.

Já aqui evidencia-se a distância que há entre a participação da comunidade e a gestão empresarial dos presídios. São conceitos tão distintos que o elemento sujeito da primeira torna-se objeto na segunda.

Nada há pois de comum entre as duas espécies de intervenção analisadas, de modo que uma não justifica a outra.

Eis aqui mais uma falácia privatista.

5. A dignidade do ser humano

O que mais deseja e carece o preso é de dignidade. As queixas assazmente ouvidas nos presídios e cadeias encerram não mais que tal pretensão.

Dostoievski, privilegiado recluso porque culto soube refletir com profundidade sobre a prisão, despendeu páginas a respeito do tema em *Recordação da Casa dos Mortos*.

A dignidade, nada mais que brio e decoro, é própria do ser humano. Outros seres animados ou inanimados não a possuem. É intuitivo.

Na medida em que o preso, no sistema privatista, deixa de ser sujeito em processo de ressocialização e torna-se objeto da empresa, resta privado de qualquer dignidade.

Outra falácia privatista: ela não resolve a questão da dignidade do preso; ao contrário, é incapaz de lidar com tal conceito.

6. A Constituição Brasileira

A Carta Magna de 1988 indubitavelmente aderiu à doutrina liberal do estado, com nuances e peculiaridades próprias do processo histórico. "Estado Democrático de Direito" como define o seu art. 1º, com acentuadas preocupações sociais tal qual se pode constatar as escâncaras em todo o seu texto, mas sempre e em essência liberal.

Em seu primeiro dispositivo a Constituição traduz aquilo que a tese privatista faz desacreditar como óbvio: a soberania é um fundamento do Estado.

É intuitivo, e isso já foi demonstrado, que a soberania reduz-se em última análise ao monopólio da força.

Ao estender ao particular poderes de gestão da privação da liberdade ao particular, mediante mecanismos ainda não esclarecidos, mas que porém implicam inclusive no uso da força física por corpos particulares, os privatistas estão

a defender a vulneração da soberania, o loteamento do poder.

O título V da Constituição trata *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Dispõe da prevenção da anomia, cuida das forças armadas e, finalmente, da segurança pública.

A segurança pública é declarada no art. 144 como *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, e é exercida por vários órgãos nele previstos.

Dever do Estado, e portanto de mais ninguém, bastando para tanto o intérprete atentar que a todos, ou seja, pessoas físicas e jurídicas, deferiu-se tão-somente responsabilidades.

Não pode pois a segurança ser deferida ao particular.

O rigor constitucional é de tal grandeza que sequer aos municípios, pessoas de direito público, deferiu-se poderes de polícia judiciária, já que as guardas municipais prestam-se apenas a policiamento preventivo limitado aos seus bens, serviços e instalações.

Constituições Estaduais, como a de São Paulo — art. 139, § 1º, explicitam que "O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua Polícia", tornando claro e evidente o caráter indeclinável e indelegável de tal função.

É no mesmo art. 1º que o texto constitucional invoca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos, em localização topográfica prevalente à iniciativa privada que vem logo a seguir.

Como já visto, a tese privatista é incompatível com o tema dignidade do ser humano.

Entre o conflito de ambas as pretensões, elegeu a Constituição a dignidade como valor prevalente.

No art. 5º da Carta Política, e não podemos esquecer jamais o quanto o dispositivo foi e é objeto de gracejos e chacota por aqueles que hoje defendem as teses privatistas, garante-se o direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à *segurança*, e à propriedade.

Setenta e sete incisos foram necessários para particularizar com grau de compreensão razoável a afirmação de tais direitos.

Em vários deles o texto trata da liberdade, não só ao prever sobre o crime e penas, mas também ao estabelecer a liberdade de trabalho, de pensamento, de associação, de culto religioso e etc...

Comprova-se o quão extensa é a noção de liberdade, sempre objeto de proteção constitucional invocada pelo estado, e não outorgada ao particular, conquanto este deva respeito.

A Constituição ainda se presta à análise da natureza da atividade econômica em confronto com a liberdade.

O tema liberdade, como mencionado anteriormente, é objeto de preocupação no título Dos Direitos e garantias Individuais e Coletivos.

A atividade econômica e financeira é tratada no título *Da Ordem Econômica e Financeira*.

A mera sistematização de ambos os temas no corpo da Constituição indica que a liberdade não é objeto da atividade econômica ou financeira.

Não por outro motivo inexistente qualquer menção a ela no título em análise.

O art. 170 fundamenta a atividade econômica na valorização do trabalho e da livre iniciativa, e estabelece sua finalidade de acordo com princípios que enumera: assegurar a todos existência digna.

A valorização do trabalho e a livre iniciativa constituem o objeto constitucional da atividade econômica, enquanto a existência digna não propriamente a sua finalidade como declarado no texto, mas seu condicionamento.

Dissemos anteriormente que a liberdade não é apropriável e que as teses privatistas não resolvem a questão da dignidade humana, o que evidencia o raciocínio ora exposto.

É o Texto Constitucional que está a demonstrar que o objeto da atividade econômica é outro, e não tais institutos.

Constitui contradição insuperável nos termos da Lei Maior e da lógica das coisas pretender-se a apropriação econômica da liberdade e da dignidade humanas, se tal processo objetiva justamente a asseguarção de ambas.

Só o Estado pode apropriar-se de tais bens, não como objeto de atividade econômica, mas para o exercício de sua soberania e a consecução de seus desideratos políticos e sociais.

Em garantia de tais princípios, e em abono da tese exposta, as regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento do recluso asseguram ao preso o tratamento por agentes públicos, garantia aliás reconhecida por disposições legais como a do art. 143 da Constituição de São Paulo.

7. Conclusões

1. A liberdade, e por conversão a privação da liberdade, é objeto de tutela indeclinável e indelegável do Estado Liberal.

A denominada "privatização dos presídios" contraria os postulados elementares do Estado Liberal desenvolvidos pela doutrina e acolhidos na Constituição Federal.

O Estado detém o monopólio da força como fundamento de sua soberania e para a consecução de sua função garantidora da liberdade.

Por consequência, a concepção privatista é a negação do Estado.

2. A noção de liberdade é extensa e não se limita ao direito de ir e vir.

A execução da pena no interior de um presídio alcança a mais elementar noção de liberdade e reclama tratamento direto pelo Estado.

É inadequado o conceito de atos executivos materiais para justificar as idéias privatistas.

3. A liberdade é inapropriável e não pode constituir o objeto da atividade econômica.

A Constituição Federal exclui tal pretensão.

A confusão de conceitos que estabelecem os privatistas revela a incapacidade da atividade econômica em lidar com a dignidade humana.

4. A participação da iniciativa privada não se confunde com a participação comunitária reclamada pela lei.

Distintas são as noções de participação socialmente interessada e interesse individual, que justificam respectivamente a idéia de participação comunitária e atividade lucrativa.

8. Bibliografia

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Ed. Hemus.

BOBBIO, Norberto, *Conceito de Sociedade Civil*, 2ª ed., Graal, 1982.

——— *Estudos sobre Hegel*, Ed. Brasiliense, 1989

——— *Sociedade e Estado na Filosofia Política*, Brasiliense, 1986.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel aos Nossos Dias*, Ed. Agir, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Futuro do Estado*, 1ª ed., Ed. Moderna, 1980.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, ed. Vozes, 9ª ed.

HAMÍLTON, Madison e Jay, *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*, Ed. Ibrasa, 1964.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, Ed. Nova Cultural, 1991.

NOTAS

1. Não é nosso objetivo a exposição de soluções ou apresentação de modelos alternativos. Ressalte-se porém que a priorização da questão penitenciária pelos orçamentos públicos e sistemas associativos como a Apac (sem qualquer adesão ao modelo, que merece discussão aprofundada) são proposições que se apresentam numa e noutra perspectiva.

2. Robert Kurz prevê que a crise do sistema implicará em um novo salto histórico, do monetarismo à administração estatista de emergência que encerrará com o terrorismo estatista (ob. cit., p. 204). Temos que a recente onda legislativa, da qual a Lei 8.072/90 é o mais expressivo exemplo de superação da fase de administração em favor da fase terrorista, comprova o raciocínio. A questão da privatização permite questionamento mais avançado: o poder político-econômico já não mais suporta e pode conviver eficazmente com uma classe de poder constituído que paulatinamente questiona os seus propósitos e se utiliza dos mecanismos de aparato jurídico daquele sistema para contestá-lo. Daí a feudalização inerente à privatização.

3. A exploração do trabalho prisional pela empresa gestora do sistema não é um modo de acumulação de capital coincidente com aquele do trabalho remunerado e que gera a mais-valia. Não há liberdade contratual, os direitos sociais inexistem e não há liberdade sindical. Há mera cessão da força de trabalho ao empresário, caracterizando-se não apenas como um sistema escravagista, mas como uma nova modalidade de especulação financeira, à exemplo do que ocorre v.g. na questão da moradia. O mesmo raciocínio não tem validade quando o Estado organiza e mantém o trabalho prisional, pois nesta hipótese não há lucro.

MEDIDAS DE SEGURANÇA E SEUS LIMITES

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo e Mestre em Direito Penal pela USP

1. Da prescrição — 2. Duração máxima — 3. Limites das medidas de segurança: 3.1 Medidas de segurança e Estado de Direito; 3.2 Princípio da legalidade; 3.3 Princípio da proporcionalidade; 3.4 Princípio da igualdade; 3.5 Princípio da intervenção mínima; 3.6 Princípio de humanidade — 4. Fundamentos da indeterminação e suas críticas — 5. Limites temporais das medidas de segurança: 5.1 Semi-imputável; 5.2 Inimputável.

As medidas de segurança, como são aflitivas tanto quanto as penas, têm que ser limitadas. O Estado não pode exercer seu *ius puniendi* eternamente, perpetuamente, sobre nenhuma pessoa. Em outro trabalho ("Duração das medidas de segurança", publicado na RT 663/257 e ss.), tive oportunidade de enfatizar que "A pena, tradicionalmente, independentemente da discussão que existe em torno de sua finalidade de seu sentido — retributiva e/ou preventiva — sempre foi vista como um *mal*, previsto pelo Direito Penal para o caso de cometimento de um fato punível; a medida de segurança, por sua vez, não é vista normalmente como um mal, sim, como *tratamento* destinado a evitar que o criminoso perigoso volte a delinquir. Ocorre que nenhum tratamento é possível sem a privação ou restrição de direitos da pessoa que será tratada; desse modo, não há como negar o caráter aflitivo das medidas, não há como negar que elas também constituem um mal necessário (necessário para a cura, necessário para a sociedade, mas inevitavelmente um mal). As medidas de segurança, em suma, tal como a pena, implicam na privação ou restrição de direitos fundamentais da pessoa. Como se vê, fazendo-se abstração do sentido ou

finalidade das penas e das medidas, elas se identificam, dentre outros, neste ponto: possuem ambas caráter aflitivo, é dizer, é da essência delas a privação ou restrição de direitos fundamentais. E o grave (nem sempre posto em destaque) é que as medidas, do modo como estão disciplinadas no Código Penal brasileiro, podem ser muito mais graves que a pena, pois elas são (injustamente) indeterminadas. Em verdade, penas e medidas são diferentes mais na aparência que na essência; constituem, ambas, "medidas de defesa social"; não passam de duas formas de controle social, por isso que a jurisprudência alemã já tende a não ver diferenças entre elas. Exatamente por que ambas constituem formas de controle social, devem obviamente ser limitadas, regulamentadas. E por que substancialmente configuram formas de invasão do poder estatal na liberdade do Homem, todas as garantias que cercam as penas valem automaticamente para as medidas de segurança".

Raciocinando em termos práticos, o tema dos limites das medidas de segurança está coligado com dois outros: prescrição e duração máxima das medidas de segurança.

1. Da prescrição

No que concerne ao primeiro, a questão é esta: a medida de segurança está sujeita à prescrição?

A resposta é, evidentemente, positiva, considerando o disposto no parágrafo único do art. 96 do CP que diz: "Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta". Tanto é possível a prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado da sentença, transcorrido o prazo prescricional, "não se impõe medida de segurança") como da pretensão executória (após o trânsito em julgado da sentença, decorrido o lapso prescricional, "não subsiste a medida de segurança que tenha sido imposta").

Qual seria o prazo prescricional?

Tanto antes do trânsito em julgado como depois, o prazo prescricional é o disciplinado nos arts. 109 e 110 do CP. Para o efeito de contagem (cálculo) do prazo prescricional, cabe distinguir o semi-imputável do inimputável bem como a prescrição da pretensão punitiva da prescrição da pretensão executória.

No que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado), nas duas hipóteses (semi-imputável ou inimputável), temos na jurisprudência várias correntes: 1ª deve-se levar em conta o prazo mínimo da medida de segurança judicialmente fixada; 2ª deve-se levar em conta a pena mínima cominada abstratamente ao delito cometido; 3ª deve-se levar em conta a pena máxima cominada abstratamente ao delito cometido.

Contra a primeira e em favor da segunda corrente há, dentre outros, o acórdão relatado por Cid Vieira e publicado na *RT* 641/330, cuja ementa é a seguinte:

"Medida de Segurança — Prescrição — Reconhecimento pretendido com base no prazo mínimo judicialmente fixado

para seu cumprimento — Inadmissibilidade — Inexistência de previsão legal — Lapso que pode ser prorrogado até que se verifique a cessação da periculosidade — Hipótese em que se há de ter em conta para fins prescricionais a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de existir condenação ou, tratando-se de medida de segurança substitutiva, a reprimenda cominada na sentença e substituída.

Inexiste na legislação pátria disposição que regule a prescrição da medida de segurança, até porque o prazo, apesar de fixado no mínimo, pode ser prorrogado até que se verifique a cessação da periculosidade. Assim, não pode a medida de segurança pelo prazo mínimo judicialmente fixado servir de parâmetro ao cálculo prescricional. Para tanto há de se ter em conta a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de inexistir condenação ou, tratando-se de medida de segurança substitutiva, a reprimenda cominada na sentença e substituída".

Mas a corrente que prevalece e a que se ajusta ao direito pátrio é a terceira. Ainda recentemente o STF enfrentou a questão e sua decisão foi a seguinte:

"*Habeas corpus* — Absolvição por inimizabilidade — Aplicação de medida de segurança — Prescrição: alegação de que deve pautar-se pela pena mínima cominada ao delito.

Se à data da absolvição por inimputabilidade não tinha ocorrido a prescrição da ação, é legítima a aplicação da medida de segurança.

Em tais casos, a prescrição da ação é regulada pelo art. 109 do CP (HC 69.904-9 — j. em 11.12.92 — Rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* de 12.2.93, p. 1.453. No mesmo sentido: *RT* 680/355.

Quanto à prescrição retroativa e à intercorrente, tratando-se de inimputável, sempre se leva em conta a pena máxima abstrata; se semi-imputável, o

que orienta o prazo prescricional é a pena concretizada e substituída.

Neste sentido é o teor da ementa publicada na RT 613/348, nestes termos:

“Pena — Medida de segurança substitutiva da privativa de liberdade — Extinção da punibilidade pela prescrição — Insubsistência da medida aplicada — Recurso provido — Aplicação do art. 96, parágrafo único do CP.

A substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança quando se trate de réu semi-imputável que necessite de especial tratamento curativo não deve impedir o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada substituída. Extinta a punibilidade pela prescrição, não subsiste a medida de segurança imposta (art. 96, parágrafo único, do CP) — Ap. 431.375-6 — Rel. Dante Busana”.

V. ainda Janora Rocha Rosseti e Rui Carlos Machado Alvim, *Jurisprudência Sobre Medidas de Segurança*, no prelo.

No tocante à prescrição da pretensão executória (após o trânsito em julgado) temos que distinguir: quando se trata de inimputável, como não existe sentença condenatória, o prazo prescricional deve ser regulado pelo máximo da pena abstratamente cominada. Tratando-se, de outro lado, de semi-imputável, a solução deve ser outra: conta-se o prazo prescricional levando em conta a pena fixada na sentença e substituída nos termos do art. 98 do CP.

2. Duração máxima

Nos termos do Código Penal vigente (art. 97, § 1º), a medida de segurança tem prazo indeterminado e perdura até que se verifique a cessação da periculosidade. A jurisprudência brasileira é firme neste sentido:

“Medida de Segurança — Inimputabilidade total da paciente pericialmente

comprovada e reconhecida pelo Tribunal do Júri — Tempo de duração relativamente indeterminado — Ordem denegada (HC 35.474-3 — Rel. Marino Falcão — *RJTJESP* 95/506)”.

Não se distingue a medida de segurança para o semi-imputável ou para o inimputável: ela é sempre indeterminada quanto ao máximo e “pode” (conforme a lei, a doutrina e a jurisprudência) ser perpétua. É exatamente neste ponto que a lei (CP) conflita com a Constituição brasileira, havendo fundadas razões para se declarar sua inconstitucionalidade. Os fundamentos desta posição foram externados no trabalho acima mencionado (“Duração das medidas de segurança” cit.), *in verbis*.

3. Limites das medidas de segurança

Seguindo o pensamento de Muñoz Conde, urge enfatizar que a finalidade preventiva conferida às medidas tem que ser limitada de algum modo, “se não se quer fazer do enfermo mental delinquente um sujeito de pior condição que o mentalmente são que comete o mesmo delito”. Este limite vem representado pelo princípio da intervenção mínima, pelo princípio da proporcionalidade, pelo da legalidade e da judicialidade. E, ainda, pode-se acrescentar o princípio da igualdade, o de humanidade e, sobretudo, os decorrentes do Estado de Direito, como veremos em continuação.

3.1 Medidas de segurança e Estado de Direito

As garantias do Estado Social e Democrático de Direito são irrenunciáveis e entre elas destaca-se a segurança jurídica, que exige que todo castigo deve ter sua duração predeterminada. É princípio elementar do Estado de Direito

(e a nossa CF no seu art. 1º diz que o Brasil constitui um Estado Democrático e de Direito) que toda intervenção estatal na liberdade do Homem tem que ser rigorosamente regradada e limitada (sobretudo na duração). As medidas de segurança, diz o Prof. Paulo José da Costa Júnior, não podem atentar contra o Estado de Direito. Como se percebe, está em jogo aqui, uma vez mais, o antigo conflito entre a pessoa ou o cidadão e o Estado, este com o poder-dever de punir, de sancionar, e aquela com o direito de ver privada ou restringida sua liberdade somente nos casos e na forma estabelecidos, com todas as garantias inerentes ao Estado de Direito. Duas observações, destarte, parecem oportunas: 1ª. a idéia de asseguração ou inocuição não pode ficar acima da idéia de reeducação e das garantias constitucionais; 2ª. não se pode considerar o inimputável com menos direitos que os condenados imputáveis. A pena, como vimos, acerca-se cada vez mais das medidas e vice-versa, por isso, não há razão para que estas não sejam rodeadas das garantias daquelas. A Constituição Federal, aparentemente, só garante os direitos fundamentais dos condenados à pena, até porque não se refere expressamente às medidas de segurança. Mas, como ambas são medidas aflitivas, como têm finalidades iguais, como constituem “formas de controle social” com privação ou restrição de direitos fundamentais, não se pode fazer nenhuma distinção: todos os direitos (sobretudo os fundamentais) do condenado, valem *ipsis litteris* ao que está sujeito às medidas de segurança e, obviamente, devem ser respeitados. A conclusão inevitável, portanto, é esta: “as garantias jurídico-materiais e processuais que regem na aplicação das penas, devem ser, também, tidas em conta na aplicação das medidas... devem ser respeitadas as garantias do Direito Penal tradicional e a execução, de uma

ou de outra, deve se estruturar do modo mais humano e digno possível”. Por tudo isso é que o art. 8.1 do CP espanhol, que cuida das medidas de segurança para o inimputável, vem sendo criticado; ao não determinar o tempo de duração das medidas aplicáveis, entrou em contraste com as exigências fundamentais que a segurança jurídica há de comportar; esta, proclama Doval Pais, “é um princípio que a Constituição garante a todos os cidadãos, sejam ou não delinquentes, sejam mentalmente normais ou anormais, e que não pode ceder — dizem Quintero Olivares y Muñoz Conde — em nome de idéias defensistas que façam do louco ou incapaz um ser com menos direitos que os demais”. Essas críticas, endereçadas ao Código Penal espanhol, valem para o Código Penal brasileiro, que incorreu no mesmo equívoco.

3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade no que diz respeito ao crime e à pena está previsto tanto na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) como no Código Penal (art. 1º). Conforme referido princípio (também denominado de reserva legal), não há crime nem pena sem lei; esta lei tem que estar em vigência antes do cometimento do fato punível (princípio da anterioridade). Ambos os princípios, da legalidade e de anterioridade, valem também para as medidas de segurança. O juiz, portanto, só pode aplicar medida de segurança cominada previamente na lei; e quando se fala em cominação prévia isso significa que a lei não só deve referir-se à medida aplicável como também e, sobretudo, à sua duração. Todas as pessoas têm o direito de saber, previamente, a exata natureza e a duração das sanções penais. Todos têm o direito de saber, antecipadamente, até que limite o Estado pode invadir em seu sagrado direito de liberdade. Qualquer

medida penal, seja a pena ou seja a medida de segurança, salientam Quintero Olivares y Muñoz Conde, “participa da dupla necessidade de ter um “fim ou propósito” e uma “duração máxima”. O princípio da legalidade obriga a defender que ninguém, nem a título de pena nem a título de medida, pode perder sua liberdade sem que se predetermine o tempo máximo que tenha que permanecer nessa situação”. Em suma, as medidas de segurança indeterminadas violam o princípio da legalidade (portanto, viola a Constituição Federal), a garantia da segurança jurídica e o Estado de Direito e, ademais, encerram grave perigo para o cidadão.

3.3 Princípio da proporcionalidade

Se trata de uma exigência, diz Mir Puig, “que não nasceu, sem embargo, para as penas, senão para as medidas de segurança. Ao não encontrar estas o limite do princípio da culpabilidade, se fez evidente a necessidade de acudir à idéia de proporcionalidade, para evitar que as medidas pudessem resultar um meio desproporcionalmente grave em comparação com sua utilidade preventiva — assim, quando para evitar que o pequeno ladrão siga delinquindo fosse necessário encarcerar-lhe durante toda a vida. A doutrina costuma empregar o princípio de proporcionalidade neste sentido de limite das medidas de segurança e como contrapartida do princípio da culpabilidade, que limita as penas”. Cuida-se de princípio já introduzido no Código Penal alemão (§ 62) para evitar qualquer tipo de excesso na aplicação das medidas de segurança. Ainda não consta referido princípio do Código Penal espanhol, mas o Projeto de Código Penal de 1983, já lhe faz referência. Resta saber sobre quais bases se mantém tal princípio: com frequência destaca-se que a proporcionalidade das medidas deve ter por base a periculosidade do

autor do fato punível assim como a gravidade deste fato; também se fala na gravidade dos fatos que provavelmente o criminoso perigoso possa cometer, que constitui um dado, creio, quase que insustentável em virtude da impossibilidade de se antever o futuro das pessoas; o juízo de periculosidade, como já ficou salientado, é também extremamente aleatório; em conclusão, a base mais concreta e factível do princípio da proporcionalidade é a gravidade do fato punível cometido. A consequência mais importante que se extrai de tudo quanto foi dito é a seguinte: o marco penal abstrato do fato cometido impede que a duração da medida seja superior à pena que, caso fosse o sujeito culpável, houvesse podido ser imposta; trata-se de um limite máximo que não pode ser ultrapassado em nenhum caso, ainda que a medida durante o tempo em que foi executada não tenha logrado recuperar e curar o criminoso. O juízo de periculosidade, tal como o juízo de cessação da periculosidade não são precisos, obviamente. É muito mais aconselhável, assim, limitar a duração máxima das medidas com base na gravidade do fato punível cometido (que é um limite certo que atende às exigências da segurança jurídica e do Estado de Direito, bem como do princípio da proporcionalidade ora enfocado) que num exame de cessação da periculosidade pouco seguro. Do modo como o Código Penal brasileiro disciplina o assunto é muito fácil a violação do princípio da proporcionalidade na medida em que o autor de um furto ou de lesões corporais, p. ex., pode ficar privado de sua liberdade (ou ter sua liberdade restringida) por tempo igual ou superior ao autor de um homicídio, de um roubo ou de um estupro. Em síntese: a proporcionalidade das medidas de segurança devem ter por fundamento a gravidade do fato punível, tal qual a proporcionalidade da pena.

3.4 Princípio da igualdade

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Nisto consiste o princípio da igualdade contemplado no art. 5º da CF. A indeterminação das medidas de segurança também ofende este fundamental princípio constitucional na medida em que confere um tratamento desigual ao imputável ou semi-imputável que necessita de tratamento, comparados com o imputável ou semi-imputável que não necessita de tratamento. É que quanto a estes últimos, toda intervenção estatal em sua liberdade é limitada ao tempo mas a mesma regra não ocorre em relação aos primeiros. Imaginemos duas pessoas autoras de um delito de furto, com a diferença de que uma delas é imputável e a outra inimputável. A primeira sabe o tempo máximo do seu castigo, já o inimputável ficará privado de sua liberdade até que “cesse sua periculosidade”. Fatos idênticos tratados discriminatoriamente. Para o inimputável, absurdamente, a privação poderia ser até perpétua, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional que proíbe a pena (e também a medida) perpétua no Brasil (CF, art. 5º, XLVII, *b*). Como já vimos, no entanto, pena e medidas devem estar cercadas das mesmas garantias, sobretudo das constitucionais. A proibição de pena perpétua vale também para a medida de segurança; a limitação do cumprimento máximo da pena prevista no art. 75 do CP vale também para as medidas de segurança. Tudo porque não pode haver tratamento discriminatório entre imputável e inimputável.

3.5 Princípio da intervenção mínima

Sustentar, como estamos fazendo aqui, que as medidas de segurança indeterminadas quanto ao máximo de seu cumprimento violam a Constituição Federal, porque violam o Estado de Direito, o

princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade, não significa, no entanto, que a medida em execução deva ser integralmente cumprida, até o limite máximo. É possível que antes desse marco, por perícia médica, se constate a cessação da periculosidade. Nesta hipótese, nos termos do art. 97, § 1º, do CP, cessa a medida e então impõe-se a desinternação ou liberação do agente. O que está contemplado neste preceito penal é o princípio da intervenção mínima, é dizer, “a duração da medida deverá ser a indispensável para eliminar a periculosidade criminal do condenado”. Em outras palavras, se advém a cura do internado ou do que está cumprindo tratamento ambulatorial antes do limite máximo de cumprimento da medida deve cessar a intervenção estatal na liberdade da pessoa. Toda atividade punitiva do Estado, aliás, deve ser guiada pelo referido princípio da intervenção mínima. Uma vez atingida a finalidade da sanção, deve cessar imediatamente o poder punitivo do Estado. Em conclusão: estabelecer um limite máximo para as medidas não implica exigir o seu cumprimento total até atingir tal limite. Isso já ocorre com a pena privativa de liberdade cuja execução admite suspensão (*sursis*) ou interrupção antes do final (livramento condicional).

3.6 Princípio de humanidade

Conforme o princípio de humanidade todas as sanções estatais devem ser executadas com o máximo respeito à dignidade da pessoa, isto é, devem ser humanas (*nulla poena sine humanitate*), devem respeitar ao máximo os direitos elementares da pessoa humana. Não importa se se trata de pena ou de medida de segurança: ambas devem ser executadas respeitando-se a dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da CF.

4. Fundamentos da indeterminação e suas críticas

Os que sustentam que as medidas de segurança devem ser indeterminadas no que respeita ao seu tempo máximo argumentam, em primeiro lugar, que o enfermo mental é diferente dos condenados imputáveis, por isso, tem que ser tratado de modo diferente. Este argumento, *data venia*, parte do pressuposto de que o enfermo mental é criminoso de pior qualidade que os demais criminosos. Cuida-se de tratamento discriminatório: tanto os imputáveis quanto os inimputáveis devem gozar dos mesmos direitos, como já ficou enfatizado. O enfermo mental, sobretudo em razão de sua incapacidade, deve merecer toda consideração e proteção e de modo nenhum justifica-se retirar-lhe o usufruto de todas as garantias do Estado de Direito. A preocupação de individualização (baseada em sua condição de inimputável) não pode sobrepassar o princípio da igualdade, da proporcionalidade e tantos outros decorrentes do sistema constitucional brasileiro. Argumenta-se, ademais, que a indeterminação se justifica porque há grande possibilidade de reincidência do enfermo mental, que é pessoa perigosa para a sociedade. Perigosos para a sociedade todos os criminosos são, sobretudo os violentos. O risco de reincidência existe tanto em relação ao imputável quanto ao inimputável. E não é maior o risco de liberação do inimputável (louco) comparado com o imputável: primeiro porque o inimputável recebe de fato tratamento curativo durante o cumprimento da medida; este tratamento de modo algum ocorre em relação ao imputável que cumpre sua pena em presídios que mais ensinam e estimulam que evitam a reincidência; em segundo lugar, do ponto de vista empírico, a reincidência parece ser inerente muito mais ao imputável que ao inimputável e, em ter-

ceiro lugar, terminado o prazo máximo de cumprimento da medida, caso ainda persista a enfermidade mental, nada impede que se dê por cessada a execução penal e se transfira imediatamente o enfermo para estabelecimento administrativo, continuando-se, assim, o tratamento, já, agora, sem falar em execução penal, sim, em providência puramente administrativa; quanto ao imputável como sabemos, concluída a pena ele tem que ser imediatamente liberado, ainda que perigoso seja. Em síntese, como diz Muñoz Conde, "o risco que a sociedade deve assumir em relação à reincidência dos inimputáveis é o mesmo que ela assume diariamente em relação aos que, havendo cumprido sua condenação no cárcere, saem em liberdade". Por último, consoante Bettiol, "estaria em contraste com o escopo das medidas mesmas fixar um termo máximo com antecedência, porque não é dado saber quanto poderá durar a periculosidade criminal". Em verdade, tudo que diz respeito ao juízo de periculosidade é extremamente inseguro: seja sua formulação, seja sua duração, seja sua cessação. Todos esses juízos são baseados em expectativas, suspeitas, crenças etc. Ora, se esses juízos não são confiáveis, exige o princípio da segurança jurídica, que é base do Estado de Direito, a fixação de um marco máximo seguro que limite a intervenção estatal na liberdade do homem. O correto, em suma, é acabar com a indeterminação máxima das medidas de segurança. Não é compatível com o Estado de Direito, declarado no art. 1º da CF, essa situação. O Código Penal, em conclusão, neste ponto, viola a Constituição Federal, contraria seus princípios fundamentais. A solução está em reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança. Em consequência cabe a pergunta: Qual seria o limite temporal das medidas? Vejamos, a seguir.

5. Limites temporais das medidas de segurança

Conforme Quintero Olivares existem duas possibilidades de limitação das medidas de segurança: a) respeitar os limites mínimo e máximo da pena cominada; b) estabelecer um limite máximo, independentemente da pena cominada. A segunda hipótese é criticável, pois, normalmente, o limite máximo é superior à pena cominada e isso implica em “castigo maior” para a pessoa que está sujeita à medida, em flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade. A primeira hipótese foi acolhida pela Proposta de Anteprojeto de Novo Código Penal espanhol de 1983 mas não se adapta ao Direito Positivo brasileiro, que estabeleceu um limite mínimo de um a três anos para as medidas (CP, art. 97, § 1º). No Brasil, assim, o mínimo de duração das medidas não observa o *quantum* cominado em cada fato punível, sim, o período do art. 97, § 1º. Qual a solução? No que respeita ao *mínimo*, *de lege data*, o período é o que acaba de ser citado (de um a três anos, que o juiz deve fixar tendo por base, sobretudo, a gravidade de fato e a periculosidade do agente). No que pertine ao *máximo* de duração da medida, temos que distinguir o semi-imputável do inimputável.

5.1 Semi-imputável

Em se tratando de *semi-imputável* o que se deve ter presente é que ele sempre sofre uma condenação, é dizer, pelo sistema do Código Penal (art. 98), primeiro o juiz lhe aplica pena, desde que provada sua culpabilidade, baseando-se nela; depois, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo, “pode” (eu penso que deve) a pena ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial (art. 98). Com base na culpabilidade, o juiz estabelece a pena justa para o caso, conforme o necessário

para a reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59). O *quantum* de pena fixada deve constituir o limite da intervenção estatal, seja a título de pena, seja a título de medida. Substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal. Cabe, assim, ao juiz, no momento de fixar a pena ao semi-imputável, atentar bem para os critérios de fixação da pena (art. 59) e, sobretudo, cabe-lhe ter consciência de que essa pena, caso seja substituída por medida, constituirá o limite máximo da intervenção estatal na liberdade do condenado. Essa é a solução que foi sugerida no Anteprojeto do Código Penal espanhol de 1983 e que, hoje, já é lei vigente, pois, em reforma posterior à publicação de tal anteprojeto, acolheu-a o legislador no art. 9º, n. 1. Admitir que a medida nesta hipótese seja indeterminada significa um clamoroso paradoxo: primeiro se fixa a pena limitada pela culpabilidade e se firma que na fase de execução esta pena tem por finalidade promover a reinserção ou integração social do condenado e, depois, se diz que, para alcançar essa finalidade, pela medida, é preciso que sua duração seja muito superior em gravidade e extensão. Até que ponto, indaga Muñoz Conde, isso não constitui uma burla às garantias jurídico-políticas e aos princípios limitadores de um Direito Penal liberal, no sentido de barreira infranqueável de que falava Liszt? Em que medida não estamos jogando com palavras, deixando o condenado indefeso? Em suma, não pode a medida de segurança para o semi-imputável durar mais tempo que a condenação imposta. Com isso, acaba-se com a “incerteza do tempo de duração da medida”, conforme expressão de Alberto Z. Toron, e uma vez que se comprova pericialmente que o semi-imputável necessita de tratamento não há outra alternativa senão subs-

tituir a pena pela medida (isso nada mais significa que o cumprimento do princípio da individualização, de origem constitucional — CF, art. 5º, XLVI). Uma vez admitindo que a medida de segurança para o semi-imputável está limitada à pena fixada (e substituída), nenhum receio deve ter a defesa de invocar a debilidade mental do acusado. Liquida-se, assim, de uma vez por todas, com a estratégia de alguns defensores que não invocam (nem sequer fazem questão de ventilar) a enfermidade mental do acusado, com receio de que a medida (sendo indeterminada) venha em prejuízo dele. O correto, creio, é admitir que a medida está limitada pelo tempo da sentença e esperar que a defesa não tenha receio de invocar a possível enfermidade mental do acusado, pois, assim, a reação penal será a adequada, em benefício do próprio condenado (somente assim, aliás, cumpre-se o princípio da individualização da pena ou medida).

5.2 *Inimputável*

No que respeita aos inimputáveis a questão é mais complexa porque eles não são condenados, pelo contrário, absolvidos, e com isso não se pronuncia uma sentença que precise a duração da privação da liberdade. Impõe-se, assim, a adoção de outro critério para o estabe-

lecimento do limite máximo da medida que lhe será aplicada. E o que surge como o mais adequado é "o marco máximo da pena imponible (não da pena imposta que não existe) ao delito cometido". Isso, aliás, é o que foi sugerido na Proposta de Anteprojeto de Novo Código Penal espanhol. Em suma, para o inimputável, a medida não pode ultrapassar a pena máxima cominada ao delito. Justifica-se essa exigência em razão da segurança jurídica que é um direito de todos num Estado de Direito, em razão do princípio da legalidade (o autor do fato punível tem o direito de saber, antecipadamente, qual o limite máximo da privação de sua liberdade) e em razão do princípio da igualdade (não se pode fazer do inimputável uma pessoa de pior condição que as demais). E se transcorrido o lapso temporal máximo o agente não foi curado, é dizer, e se ainda persiste a periculosidade? De qualquer modo a execução penal tem que ter um fim, pois o contrário seria admitir a privação perpétua da liberdade, que é proibida pela Constituição Federal. Toda execução penal tem que ter um limite; todo poder-dever de punir do Estado tem que ter um fim. O que se pode fazer nesta hipótese é transferir o inimputável perigoso de estabelecimento, passando sua internação a ter caráter administrativo, já não a natureza penal.

DOCTRINA NACIONAL

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL — BREVES COMENTÁRIOS

MÁRCIO GASPAR BARANDIER

Advogado

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no inc. LVI do seu art. 5º, grande avanço na problemática questão da prova ilícita. Diz o novo texto constitucional que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Trata-se de uma inovação, consagrando a tendência doutrinária dominante. Em que pese o entendimento majoritário de que a vedação já existia implicitamente no texto constitucional, em decorrência dos princípios gerais do direito, o fato é que as Constituições anteriores nunca abordaram expressamente o assunto como fez a atual.

Com efeito, a polêmica era grande. Parte da doutrina, com lastro no princípio da busca da verdade real no processo penal e o interesse coletivo na apuração dos crimes, entendia que o fato ilícito deveria ser apurado e o autor punido, sem prejuízo, contudo, do aproveitamento da prova. De outro lado, entendia-se que essas provas eram despidas de qualquer valor jurídico, de acordo com os princípios gerais do direito, sendo inadmissível a sua utilização no processo por atentar contra os direitos mais elementares da pessoa. Assim, estabelecia-se o conflito entre o interesse coletivo na apuração dos crimes e o interesse individual na preservação da intimidade e da integridade física e moral, que, no fundo, resulta de um interesse também coletivo em garantir direitos essenciais para a perpetuação do Estado de Direito.

Sem engano, a nova Carta encerrou esta controvérsia, vedando expressamente o aproveitamento dessas provas no processo, mas outra se acendeu em relação à abrangência e à interpretação do mencionado dispositivo.

Claro está que o objetivo deste preceito é tão-somente o de resguardar os direitos individuais. É uma vedação de natureza material.

Vale lembrar que não se deve confundir, como tem acontecido, provas ilegais, provas ilícitas e provas ilegítimas. As provas ilegais, vedadas por uma norma ou um princípio do direito positivo, consoante ensinamentos de Nuvolone, citados e enriquecidos pela Profa. Ada Pellegrini Grinover em seu livro *Liberdades Públicas e Processo Penal* (Ed. RT, 1982) e abraçados pela maioria esmagadora dos nossos doutrinadores, dividem-se em ilícitas e ilegítimas. Ilícitas são aquelas obtidas com violação de direito material, ou seja, daqueles direitos elementares garantidos à pessoa pelo ordenamento jurídico, como a intimidade e a integridade física e moral do indivíduo. As ilegítimas, por sua vez, são as conseguidas com violação de direito processual, de interesses relativos à lógica e à finalidade do processo, que desatendem as formalidades legais, a exemplo de um reconhecimento de pessoa que se arremessa contra o disposto no art. 226 do CPP.

De forma alguma objetivaram os constituintes, no caso concreto, alcançar

as provas ilegítimas, cujas limitações já existem na lei processual. Tanto é assim que esta norma encontra-se no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais.

A Lei Maior, na verdade, tornou a prova ilícita definitivamente ilegítima.

Logo, toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, a rigor, está vedada no processo, tal a clareza do conteúdo proibitivo.

O direito tutelado nessa hipótese, como visto, é o individual, mais especificamente da intimidade e da integridade corporal e moral. A proibição imposta ao aproveitamento da prova ilícita visa, justamente, assegurar que no processo não sejam violados, em especial, estes direitos individuais, através de meios pouco recomendáveis de obtenção de prova garantindo, consequentemente, a preponderância dos interesses individuais da privacidade e da integridade física e moral sobre o interesse coletivo de apuração dos crimes.

Ocorre, entretanto, que existem dois direitos ainda mais relevantes: o direito à liberdade e o direito à vida, garantidos também pela Constituição.

Ora, se a única prova capaz de demonstrar a inocência do acusado for ilícita (uma gravação clandestina, p. ex.), o que se deve fazer? Ao mesmo tempo em que a Constituição proíbe o aproveitamento desta prova, garante ao acusado a ampla defesa na busca de sua liberdade.

Assim, existem direitos à privacidade, à liberdade e à vida que, eventualmente, podem ser conflitantes.

Diante disto, surge o entendimento de que, em determinados casos, a prova obtida por meios ilícitos pode ser admitida, desde que o interesse neste aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação.

Há quem sustente, todavia, que a referida norma proíbe o aproveitamento da prova ilícita em qualquer circunstân-

cia. Sustentam que “a prova é lícita ou ilícita, não havendo meio termo”. *Data venia*, seria de exagerado tecnicismo — e até falta de humanidade e senso de justiça — que a privação da liberdade prevalecesse através de uma condenação injusta apenas para que se atendessem àquela limitação.

É certo que a acusação não pode se valer de provas obtidas por meios ilícitos, em hipótese alguma. Em primeiro lugar porque, neste conflito, o interesse individual prevalece sobre o interesse coletivo na apuração dos crimes, e a norma constitucional é clara nesse sentido. E, em segundo lugar, o aproveitamento dessas provas pelo Estado — leia-se titular da ação penal — constitui a utilização oficial de produto de crime, assim como o receptor, que adquire mercadoria que sabe ser roubada, conduta incompatível com a função de aplicar a lei e promover a justiça.

Celso Ribeiro Bastos aborda o assunto com proficiência: “uma prova, p. ex., obtida de forma violenta, com a utilização inclusive da tortura, nunca seria aceitável sem que com isto nós estivéssemos de alguma forma convalidando a própria tortura” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª/273, Saraiva, 1989).

Frederico Marques, por seu turno, mostra que não se pode aceitar que na busca da verdade real “lance-se mão de meios iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual” (*Elementos de Direito Processual Penal*, II/293-294, Forense). E vai além o notável mestre: “inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória” (ob. cit., p. 294). E mais: o escopo do processo penal, como ensina Manzini, não é o de tornar a pretensão punitiva realizável a qualquer custo.

A defesa, entretanto, pode se utilizar de provas obtidas por meios ilícitos quando estas forem indispensáveis. Não se trata, neste caso, de conflito entre interesses coletivos e particulares. Existe, na verdade, um conflito entre normas constitucionais.

Como visto anteriormente, uma norma proíbe o aproveitamento das provas ilícitas, visando a proteção da intimidade, e outra garante a amplitude de defesa, protegendo o direito à liberdade e, até, o direito à vida (cogita-se hoje, no Brasil, da volta da insana, medieval e inconstitucional pena de morte).

Deve prevalecer, obviamente, aquela em que o bem juridicamente tutelado é mais relevante, ou seja, a liberdade. Ademais, o nosso direito assegura, ainda, em caso de conflito de normas, a aplicação daquela que mais beneficiar o réu.

Claro está que a admissibilidade da prova ilícita no processo é uma exceção, e só pode ocorrer quando for indispensável à defesa do acusado.

Discute-se, ainda, entre os que defendem esta posição, o aproveitamento dessas provas quando o ilícito é praticado pelo próprio acusado, que será, então, o seu beneficiário. Não vejo problema, pois persistem os motivos que autorizam a sua aceitação. De qualquer forma, o argumento, uma vez mais, de Ada Pellegrini Grinover, é irretocável: "Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade". ("As Provas Ilícitas na Constituição", in *Livro de Estudos Jurídicos*, 3/24-25, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991).

Em suma, as provas ilícitas são admissíveis no processo apenas quando necessárias na defesa do acusado — seja pelo conflito de normas, seja pela legítima defesa, excludente de ilicitude. A acusação, por sua vez, não poderá, em nenhuma hipótese, se valer dessas provas.

Desnecessário dizer que provas obtidas com violência física, p. ex., não podem ser valoradas nem na defesa. Não pela ilicitude, mas pela fragilidade, Altavilla mostra, em sua obra *Psicologia Judiciária*, traduzida por Fernando de Miranda (Coimbra Editora, 2º/266, 1958), que "o desejo espasmódico de fazer cessar, ou o pavor de ver renovar, um sofrimento insuportável, leva, não a confessar aquilo que se sabe, mas, poderemos dizer, a uma rendição, que nem sempre representa um gesto de sinceridade". Evidente que o vício decorrente da violência é irremediável, pois mascara a verdade e apresenta o fato da forma que interessa aos agressores ou torturadores, ao contrário das provas obtidas com fraudes ou violações da intimidade que, apesar de reprováveis e inadmissíveis em prejuízo do acusado, podem demonstrar a realidade e beneficiar a defesa.

As provas devem ser sempre analisadas e valoradas criticamente, como ensinam Max Hirschberg e Pedro Bertolino. Aliás, Hirschberg mostra que a valorização não crítica das provas está entre "las causas más importantes de las sentencias erróneas" (*La Sentencia Erronea en el Proceso Penal*, trad. del alemán por Tomas A. Banzhaf, Ed. Jurídicas Europa-América, 1969, p. 17).

Do ponto de vista da acusação, uma confissão conseguida mediante tortura ou uma gravação telefônica clandestina não apresentam diferenças: ambas são imprestáveis. Para a defesa, porém, a gravação clandestina poderá ser utilizada, desde que imprescindível, ao passo que a confissão mediante tortura é uma prova de extrema fragilidade e que não se pode admitir que constitua a expressão da verdade.

Elementar que o legislador, ao vedar o aproveitamento das provas ilícitas no processo, não pretendeu criar meios de impossibilitar a apuração dos crimes. E as garantias constitucionais não devem se prestar a esse propósito. Conforme insistentemente sublinhado anteriormen-

te, a questão é complexa, devendo prevalecer sempre o interesse maior.

Quando se fala, com tamanha tranquilidade e displicência dos direitos individuais, nos dias que correm, em autorizações judiciais para escutas telefônicas ou violações de sigilo bancário, é preciso refletir.

Lógico que, em situações especialíssimas, como em casos de extorsão ou ameaça, ou em hipóteses de irreparáveis prejuízos iminentes, é de se admitir tais medidas extremas. E a nossa Lei Maior prevê essa possibilidade.

É imprescindível, contudo, a existência de autorizações judiciais fundamentadas, com forte motivação, diversas daquelas semelhantes a despachos de mero expediente.

Considerações técnicas à parte, é preciso refletir sobre a eficácia prática da vedação.

É notório que os expedientes repugnantes continuam a ser utilizados pelos órgãos de repressão à criminalidade. As torturas existem, as violências físicas, principalmente contra os desassistidos, são até comuns e as escutas telefônicas clandestinas são corriqueiras.

Não raro a polícia se aproveita de provas conseguidas ilicitamente para “fabricar” provas legais, compondo, de forma aparentemente lícita e legítima, a verdade que lhe interessa demonstrar. As tão propaladas “denúncias anônimas”, p. ex., utilizadas de forma absurda, servem, normalmente, como justificativa para encobrir inconfessáveis práticas durante as investigações.

E isso não se restringe à polícia brasileira. A americana, p. ex., com toda estrutura e aparelhagem que dispõe, constantemente pratica ilícitos, com destaque para as violências físicas, objetivando provar o que lhe convém.

Em sendo assim, é imperioso salientar, novamente, a valoração crítica da prova, tão insistentemente defendida por Hirschberg.

Outro aspecto prático relevante é o convencimento do juiz. Até que ponto

a prova ilícita, ainda que fulminada pela nulidade, tem influência na decisão dos magistrados? Quantos irão desconsiderá-la totalmente, como se não existisse, para que não sirva de elemento de formação da convicção?

Sabe-se, p. ex., que as confissões obtidas nas temíveis dependências policiais, durante o inquérito, não podem ser valoradas se não ratificadas em juízo. Não é o que acontece, porém, na rotina forense. Altavilla lembra que “Todos sabemos que grande parte destes acusados se retratam, mas, em vão, porque o juiz, embora acreditando nas violências, utiliza a confissão como fundamento de sua convicção” (ob. cit., p. 264). A lição de Altavilla é da década de cinquenta, mas os que militam no fôro criminal sabem que em todos esses anos nada mudou.

Em resumo, as provas obtidas por meios ilícitos são, indiscutivelmente, vedadas no processo, salvo quando essenciais na defesa do acusado.

A proibição legal, por si só, não é, todavia, suficiente. Impõe-se o debate, a conscientização dos magistrados, dos representantes do Ministério Público, das autoridades policiais e, principalmente, dos advogados que raramente reclamam os direitos mais elementares de seus clientes.

Em que pese a importância de se proteger a intimidade e a integridade da pessoa, a questão da prova ilícita, de extrema atualidade, vem merecendo um verdadeiro desprezo por parte dos nossos doutrinadores. Poucos, como a Profa. Ada Pellegrini Grinover, se dignam a estudar e a expor uma posição, preferindo a maioria tecer breves e óbvios comentários sem qualquer aprofundamento.

Finalmente, trata-se de tema atual, controvertido e da maior relevância. É imprescindível debater e buscar soluções para que os direitos essenciais sejam respeitados e não deixar que a desobediência aos mandamentos constitucionais se torne um vício.

DOCTRINA NACIONAL

O LADO BENÉFICO DO CRIME

"O crime ajuda a vencer a rigidez das estruturas institucionais e normativas e o imobilismo, abrindo as portas às modificações necessárias e ao progresso" — Durkheim — *A divisão social do trabalho*.

MÁRCIO BÁRTOLI

Juiz de Direito em São Paulo

1. O crime como fator de evolução social — 2. O crime como causa de revisão da legislação — 3. O crime como causa de aperfeiçoamento da lei — 4. O crime como fato gerador de propostas de alterações legislativas.

Pode parecer incompreensível para o momento atual, se se pensar no pânico e na extrema inquietação mostrados pela sociedade — diante das proporções que têm assumido a criminalidade urbana, a violência estatal, a corrupção desenfreada que contamina a vida pública e a devassidão incontrolável que marcou a passagem pelo poder daquele que ocupou a Presidência da República — destacar a relevância e a procedência da afirmação de estudiosos da Criminologia no sentido de que, o cometimento de crimes, além de normal e natural, tem uma face positiva e importante, que atua como forma de evolução e progresso da sociedade e como poderoso fator de influência na atualização da legislação.

O problema dos efeitos positivos do crime tem vindo, entretanto, a suscitar o interesse de vários sociólogos e criminólogos — como v.g., Coser, Cöhen, Merton, Erikson, Scott¹, além, é lógico, de Durkheim, o pioneiro na investigação e análise de sua normalidade e funcionalidade.

Abordar um tema dessa ordem — utilidade e benefício do delito — peran-

te uma sociedade apreensiva e belicosa contra o infrator, não pode gerar desconfiança e nem poderá parecer apenas uma antipática e mera tese de licenciatura acadêmica retórica, ou, quem sabe, um eufemismo absurdo e de péssimo gosto,² porque uma das representações mais correntes a propósito do crime é a que o associa, de forma necessária, a efeitos socialmente negativos e perturbadores. Esta representação — sustentada por Hobbes, que via no crime uma espécie de cancro que ameaça a integridade da sociedade — é a que melhor se harmoniza com as concepções do homem comum sobre o crime³.

Porém, não há como não encarar a criminalidade com normalidade e naturalidade, porque ela se constitui num fenômeno social disfuncional com o qual sempre se conviveu e se conviverá, ainda por muito tempo, debitando-se a sua intensidade, qualidade e proporção, obviamente, às condições sócio-econômicas e culturais do momento vivido.

Portanto, deve ficar claro, desde logo, que é necessário renunciar a velhos

sonhos e utopias, a inoportunos prejulgamentos e a ambiciosas metas como as de “terminar com o crime” e extirpar o delito da face da terra, “pois ello acompañará indefectiblemente al ser humano y a cualquier estructura social. No es posible terminar con el delito, ni deseable siquiera, porque la paz de una sociedad sin delincuencia es la paz de los cementerios o de las estadísticas falsas”.⁴

Hoje não podem equacionar-se as relações entre a ordem social e o crime em termos unilaterais, atendendo exclusivamente aos “efeitos negativos do crime”. Não pode esquecer-se, na verdade, nem o postulado da normalidade do crime nem a capacidade da sociedade para absorver ou tolerar — e em certas condições históricas, mesmo, provocar — certos níveis de criminalidade.⁵

Não existem fórmulas mágicas para controlá-lo nem, desde logo, para extingui-lo, pois a experiência revela sua face humana, cotidiana e inclusive doméstica: convivemos com o crime, dia a dia. Todo sistema social produz necessariamente seus crimes, incluindo até mesmo uma ordem social intacta, em bom estado de funcionamento.⁶

Carecem, pois, de sentido e de justificação as “cruzadas” contra a criminalidade, as veementes declarações de guerra contra o infrator, pois atitudes beligerantes e apaixonadas de tal natureza geram políticas criminais de desmedido rigor e parecem incompatíveis com a serenidade que a análise científica reclama.⁷

Temos que nos acostumar, pouco a pouco, a tolerar e assumir uma quantidade maior de comportamentos desviados, e o melhor é tentar contê-los em níveis controláveis.⁸

Então, em vez de simplesmente problematizar o crime, devemos cuidar de “desdramatizá-lo” e conhecê-lo — O que é ele? Quais as causas que explicam

o seu cometimento? Quais as circunstâncias que o favorecem e quais as que o impedem?⁹ — tentando retirar o que de útil ele tem a oferecer em termos de contribuição para o progresso da sociedade e ao aperfeiçoamento da legislação vigente, e, para, ao mesmo tempo, com a serenidade necessária, combatê-lo.

É justamente nesse ponto, como observa Garcia-Pablos, que o fato criminoso tem como um de seus efeitos um lado benéfico e útil, pois seu cometimento vem cumprir algumas funções, como p. ex.: a) dar claridade à norma vigente; b) garantir a estabilidade social e c) reforçar a consciência social sobre a vigência de valores.¹⁰ Da mesma forma pensa Jorge de Figueiredo Dias, citando como exemplos as hipóteses em que o crime atua como “válvula de segurança; como reforço da coesão e solidariedade sociais; como afirmação, clarificação, manutenção e adaptação das normas e a serviço da legitimação da ordem”.¹¹

Para Winfried Hassemer, o crime apresenta um aspecto positivo e vital com a missão de manutenção e evolução da sociedade, acrescentando que, perante esta, o delito não é um “corpo estranho”, mas um fator regulador da vida social: “Imagine-se una sociedad de santos, un auténtico convento ejemplar. En ella el delito entendido literalmente sería um desconocido”. E afirmando que Durkheim contesta os que reprovam ou condenam essa consideração da normalidade do crime, acentua que esse autor, em suas reflexões, delineia algumas propostas que permitem a elaboração de teses muito mais avançadas sobre o tema, como por exemplo que a criminalidade não só é normal, senão necessária e inclusive irrenunciável para a sociedade: “ciertas tasas de delincuencia son parte integrante de una sociedad sana”.¹²

Para Durkheim o crime não se observa só na maior parte das sociedades, mas em todas as sociedades de todos os

tipos. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os actos assim qualificados não são os mesmos, mas sempre e em toda parte existiram homens que se conduziam de modo a incorrer na repressão penal. É (o crime) um factor de saúde pública, uma fonte integrante de qualquer sociedade sã. O crime é, portanto, necessário: está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social mas, precisamente por isso, é útil. Especificando os efeitos positivos do crime, Durkheim acentua que, além de reforçar a coesão social, o crime ajuda a vencer a rigidez das estruturas institucionais e normativas e o imobilismo, abrindo as portas a modificações necessárias e ao progresso.¹³

Mas o que interessa, diante dessas colocações de utilidade do delito, é analisar, em especial, o resultado da eclosão dos graves ilícitos apurados pela Comissão Mista do Congresso Nacional comprometendo o ex-Presidente da República, seus parentes, assessores, etc. — como fator de evolução da sociedade, como causa de revisão, aperfeiçoamento e de alteração da legislação, diante das manifestações populares de reprovação e exigência de comportamento mais ético dos agentes públicos.

1. O crime como fator de evolução social

O exercício de civismo praticado pela Nação veio indicar a certeza de existência de certa maturidade democrática no País, pois, pela primeira vez, um Chefe de Estado sul americano, acusado de corrupção, foi impedido de continuar a exercer seu cargo pela força da aplicação da Constituição.

A maioria do povo teve amplo conhecimento dos ilícitos praticados, oportunidade de conhecê-los e debatê-los e acesso aos trâmites do processo de afastamento.

O resultado da mobilização social dirige-se, agora à exigência insuperável de uma atuação mais digna, mais ética, e mais transparente dos detentores de cargos e mandatos públicos e à reafirmação da necessidade de preservação de bens e atividades essenciais à administração pública e, portanto, indispensáveis à toda coletividade.

Nesse passo, é imprescindível, conter e inibir a voraz e contínua ação devastadora dirigida contra os cofres da União, Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas, etc. que acomete a maioria daqueles que assumem funções, cargos e mandatos e também aos particulares envolvidos em transações governamentais, tornando esse ultrajante comportamento — que atinge toda a sociedade, causando-lhe evidente prejuízo — em socialmente adequado, tanto pela habitualidade com que ocorre dentro desses grupos controladores do poder, como pela elitista falta de vontade política de apuração e de punição, que podem conduzir à conclusão falsa e incorreta de que os autores desses fatos estariam acima da lei.

É intolerável e repugnante ver o agente público enriquecer impunemente durante o tempo de exercício de função, cargo ou cumprimento de mandato, mediante suborno, sonegação, peculato, fraude em concorrência, condescendência criminosa, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, corrupção ativa e passiva, sonegação fiscal, etc., infrações penais de inequívoca gravidade, praticadas muita vez por aqueles a quem incumbe a sua repressão, o que as torna particularmente odiosas, minando o prestígio do poder público, gerando a intranquilidade, o inconformismo e a corrupção geral, atingindo, assim, diretamente, os interesses da administração pública e de todos os cidadãos.¹⁴

2. O crime como causa de revisão da legislação

Exemplos mais recentes de alteração legislativa decorrente do cometimento de ilícitos são as Leis 8.072 (crimes hediondos) e 8.137 (crimes do colarinho branco), ambas de 1990.

No primeiro caso, o legislador mostrando preocupação com algumas ações delitivas dirigidas contra a vida e o patrimônio de pessoas de renome no cenário econômico-social, e muito influenciado pela propagação manipulada, com nítido caráter sensacionalista, desencadeada por parte da mídia, considerou insuficientes as respostas penais vigentes para proteger aqueles e outros bens jurídicos e, pelo diploma “emergencial” denominado “Lei dos Crimes Hediondos” editado, diga-se, sem qualquer rigor técnico (recheado de inconstitucionalidade, cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, Ed. RT, 1992), alterou preceitos sancionatórios de tipos da Parte Especial do Código Penal, tornando mais severas penas e seu regime de cumprimento, ocasionando profunda e indevida interferência na Parte Geral do Código Penal, desestabilizando o sistema de fixação do regime prisional.

Promulgando a outra, “lei do colarinho branco”, tentou fazer crer que refrearia as condutas criminosas praticadas por pessoas passíveis de se tornarem vítimas dos crimes objeto do diploma acima citado — sonegadores, corruptores, funcionários graduados etc. — contra o tão relegado e vilipendiado sistema tributário.

Apesar das condutas criminosas, nestes casos, atingirem a coletividade como um todo, comprometendo bens considerados vitais ao desenvolvimento da sociedade, o legislador foi parcimonioso, complacente e brando em termos de reprovabilidade e cominação de penas, acabando por privilegiar as de natureza detentiva (na verdade nunca cumpridas)

e as de multa cujo valor quase simbólico — sempre menor do que o prejuízo causado — fica aquém de uma justa reação penal.

3. O crime como causa de aperfeiçoamento da lei

Agora, como reflexo da repulsa cívica surgem novas idéias e proposições de mudanças legislativas para tentar imobilizar a criminalidade praticada por agentes provenientes dessa camada social mais qualificada, contra bens de toda a sociedade, valorizando, num primeiro momento a criação de alguns mecanismos administrativos de contensão, e em seguida, propondo a alteração de dispositivos legais penais e processuais — leis, aliás, promulgadas há mais de 50 anos — confirmando-se então a relevância do tema ora enfocado, ou seja, da utilidade do crime como forma de atualização e adequação da legislação.

Com efeito, quando se cogitou da necessidade de instauração de persecução penal contra o Presidente da República, para apuração dos ilícitos que lhe foram imputados, constatou-se que inexistia a lei especial que tipificaria as condutas previstas como crimes de responsabilidade e que estabeleceria as normas de processo e de julgamento, previstas no art. 85, parágrafo único, da CF/88.

Ocorreu também alguma dúvida acerca do cumprimento das fases procedimentais de autorização e admissibilidade da denúncia pela Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I), recorrendo-se, então, aos dispositivos da Lei 1.079, de 10.4.50 — diploma legal recepcionado pela Carta Constitucional, que define aqueles crimes e regula o respectivo processo e julgamento — e ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Descobriu-se até que a palavra *impeachment*, há tempos emprestada do direito constitucional americano, sequer tinha correspondência na língua portuguesa.

4. O crime como fato gerador de propostas de alterações legislativas

Ficou bastante claro que para combater reagir e manter esses crimes em níveis estatísticos razoáveis, são necessárias profundas reformulações e radicais alterações legislativas, principalmente mediante a criação de instrumentos que, ainda em fase administrativa, possam conter e impedir o ilícito.

Pensa-se, então, num primeiro momento, como exigência ética e como fator obrigatório de transparência compatíveis com a atividade pública na criação de medidas administrativas inibitórias denominados como “controles sociais neutros administrativos, não-penais” como:

1. efetiva apuração da realidade da declaração de bens oferecida pelo agente no momento em que ingressa na vida pública, que deixaria de ser o cumprimento de uma mera formalidade, vazia de conteúdo;

2. alteração constitucional que permita maior flexibilização da quebra de sigilo bancário para averiguação do denominado “sinal exterior de riqueza” de todos aqueles que desempenham funções e cargos públicos, eletivos, em todos os níveis, e mesmo durante o seu exercício;

3. disciplinamento rígido da transferência internacional de entrada e saída de recursos em moedas.

Mas não se pode olvidar, num passo seguinte, da modificação de normas processuais penais, necessárias à uma persecução penal e uma atuação judicial mais rápidas e eficazes, garantida sempre a ampla defesa.

Porque esses crimes revelam a finalidade única e exclusiva de obtenção de vantagem patrimonial, é indispensável a rediscussão, acompanhada de uma leitura mais moderna e de uma aplicação

mais dinâmica das medidas cautelares assecuratórias como o sequestro e o arresto de bens previstos no art. 125 do CPP, garantindo, num primeiro momento a sua indisponibilidade, para, no futuro, tornar certa obrigação de indenizar o dano causado, como efeito automático da condenação, para que não se torne o enunciado do art. 91 do CP num mero princípio retórico.

Aos sujeitos ativos desses crimes só se concederia liberdade provisória com fiança (CPP, art. 321) — cujo valor deveria ser desindexado do salário mínimo de referência, sempre desatualizado e corroído pela inflação, que o torna irrisório — concedendo-se ao juiz o arbítrio da sua fixação, adotados como critérios os princípios da verdade material — para a avaliação da real situação econômico-financeira do agente (CP, art. 60) — e da culpabilidade, pela conjugação dos elementos do art. 59 da Lei Penal.

Pelo mal social causado por esses comportamentos, que atingem e lesionam bens indispensáveis à toda a comunidade, indicativo portanto de uma culpabilidade exacerbada, e para diminuir a defasagem existente entre o fato ilícito e a norma penal positiva — caminho por onde atua o criminoso, sempre ágil, adiantando-se a seu tempo, criando novos comportamentos ainda não catalogados na tipologia penal — torna-se inevitável uma profunda remodelação da Parte Especial do Código Penal, selecionando-se novas condutas e novas figuras criminosas de proteção à administração e ao bem público, adequadas à realidade social atual, e, bem como, aumentando-se a qualidade e quantidade da resposta penal dos ilícitos já descritos que deve ser ajustada à importância do bem jurídico tutelado e à intensidade da ofensa, privilegiando-se, nesse ponto a sanção pecuniária.

NOTAS

1. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia — O homem delinquente e a sociedade criminógena* — Coimbra Ed., Limitada, 1984.

2. Antonio Garcia-Pablos de Molina, *La normalidad del delito y el delincuente*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, p. 325.

3. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, ob. cit.

4. Antonio García-Pablos de Molina, Artigo denominado "Problemas y Tendencias Actuales de la Ciencia Penal" in *Estudios Penales*, Bosch, Casa Editorial S.A.

5. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, ob. cit.

6. Antonio García-Pablos de Molina, Artigo denominado "Momento Atual da Reflexão

Criminológica" publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ed. RT, 1992.

7. Antonio García-Pablos, ob. cit.

8. Antonio García-Pablos, *Estudios Penales*, Bosch, Casa Editorial S.A. — Barcelona

9. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, Livraria Almedina, Coimbra.

10. Antonio García-Pablos, ob. cit.

11. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade.

12. Winfried Hassemer, *Introducción a la Criminologia y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

13. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, ob. cit.

14. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, Forense, Rio de Janeiro.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOCTRINA NACIONAL

PRISÃO E LIBERDADE PROCESSUAIS

MARIA LÚCIA KARAM

Juíza de Direito no Estado do Rio de Janeiro

1. Introdução 2. A Natureza Cautelar da Prisão Provisória 3. A Inconstitucionalidade da Prisão Processual Obrigatória 4. A Inconstitucionalidade da Prisão Temporária 5. A Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível 6. Conclusão

1. Introdução

Centrando-se o presente trabalho na abordagem de algumas questões relativas à prisão e à liberdade processuais, naturalmente seu ponto de partida estará nas linhas fundamentais traçadas pela Constituição Federal, ao estabelecer os princípios e regras que devem condicionar a interpretação e a aplicação das leis reguladoras daqueles institutos.

No discurso e na prática dominantes, é tradicional o isolamento entre o enunciado geral dos princípios e regras constitucionais e sua aplicação aos casos concretos, prevalecendo as interpretações pouco desenvolvidas, presas a um acentuado positivismo jurídico, que só consegue enxergar as inconstitucionalidades mais evidentes.

A necessidade de superação deste isolamento, a necessidade de interpretações mais amplas adquire especial importância neste tema de prisão e liberdade, notadamente quando se considera a crescente manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência (falsamente identificada com a criminalidade convencional), a resultar num discurso e numa prática baseados na demanda de maior repressão, no apelo à ordem, no elogio do castigo e da severidade, discurso e prática estes que acabam por transformar aquele isolamento

tradicional numa aberta resistência à aplicação das normas constitucionais, na negativa em enxergar até mesmo aquelas inconstitucionalidades mais evidentes, no claro abandono dos princípios garantidores, tudo em nome de uma ilusória oferta de segurança.

Tratar quaisquer questões relativas aos institutos da prisão e da liberdade processuais, nesta perspectiva de resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional, como aqui se pretende, implica, naturalmente, em ter como norte a fórmula fundamental do *devido processo legal*, agora expressamente consagrada na Constituição Federal (art. 5º, inc. LIV), trabalhando-se, ainda, com as garantias específicas, desdobradas de seu conteúdo e também expressamente consagradas no texto da Carta de 1988: a *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV); o dever de motivar as decisões judiciais (art. 5º, inc. LXI e art. 93, inc. IX); a chamada "*presunção de não-culpabilidade do acusado*" ou "*presunção de inocência*" (art. 5º, inc. LVII); o *direito à liberdade provisória* (art. 5º, LXVI).

O resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional implica também em se considerar a fórmula do *devido processo legal* e as garantias específicas dela

decorrentes em sua interação com outros direitos e garantias e enquanto instrumentos de realização dos fundamentos e objetivos da República, expressos no Título I da Constituição Federal. É o próprio texto constitucional que assim recomenda, ao advertir, no § 2º de seu art. 5º, que “os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há que se salientar, finalmente, a necessidade de extrair dos princípios e regras constitucionais tudo o que efetivamente deles se pode extrair, como observa o Prof. Afrânio Silva Jardim, ao tratar do devido processo legal. Vejam-se suas palavras: “Cremos que os comentadores da nova Carta Política ainda não extraíram da regra do n. LIV do seu art. 5º tudo o que efetivamente pode ser extraído, numa interpretação sistemática e mais arrojada, forte nos chamados princípios republicanos. A cláusula “devido processo legal” deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O ‘devido processo legal’ não pode ser resumido à consagração do princípio do “Juiz Natural”, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão-somente consolidar. Agora, queremos mais do ‘devido processo legal’, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil.”

2. A natureza cautelar da prisão provisória

A observância destes princípios e regras constitucionais impõe uma primeira afirmação básica: toda prisão de natureza processual (ou prisão provisória) — ou seja, aquela que não decorre de condenação e, portanto, não tem a natureza jurídica de pena — tem, necessariamente, natureza cautelar, devendo atender aos requisitos e à finalidade da tutela cautelar.

Destina-se, pois, a prisão de natureza processual a tutelar os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final e possibilitar a normalidade da instrução probatória, estando sempre submetida à demonstração da presença do *fumus boni iuris* (a viabilidade do direito alegado ou a probabilidade de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor) e do *periculum in mora* (o risco de diminuição ou anulação da eficácia do provimento jurisdicional, em face do retardamento devido à natural lentidão do processo).

A prisão de natureza processual há que se orientar, assim, seja pela finalidade de evitar que o dano oriundo da provável violação do direito (o provável cometimento de uma infração penal) se torne irreparável pelo retardamento do remédio jurisdicional (a provável sentença condenatória), tornando-o inútil, seja pela finalidade de assegurar a regularidade dos meios de se chegar a tal remédio jurisdicional. A prisão de natureza processual sempre se deverá associar uma palavra: a *necessidade*.

Em nossa lei processual, esta natureza cautelar da prisão provisória aparece com clareza no dispositivo que estabelece os requisitos da prisão preventiva *strictu sensu* (art. 312 CPP): a prova de existência da infração penal e indícios de sua autoria, como tradução

da presença do *fumus boni iuris*, somando-se à exigência da manifestação do *periculum in mora*, traduzida no condicionamento da decretação da medida às hipóteses em que esta se faça necessária como *garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal*, ou para *assegurar a aplicação da lei penal*.

A prisão decretada por *conveniência da instrução criminal*, destinando-se a evitar ingerências indevidas na produção das provas e assim assegurar o normal desenvolvimento da instrução, funciona na tutela dos meios do processo, enquanto a decretação fundamentada na necessidade de *assegurar a aplicação da lei penal*, visando evitar fuga ou outra conduta que impeça a eventual imposição da pena, irá funcionar na tutela dos fins do processo.

O outro requisito mencionado naquele dispositivo legal — a *garantia da ordem pública* — merece maior cuidado em sua apreciação, na medida em que costumeiramente se propõe seja ele entendido como um permissivo para a desvinculação da prisão provisória de sua finalidade de tutela dos meios e fins do processo penal de conhecimento, fazendo-a assumir um intolerável caráter penal (verdadeira antecipação da pena), diante do clamor provocado pela gravidade do delito ou periculosidade de seu autor.

O Prof. Weber Martins Batista chegou a observar que a medida decretada como garantia da ordem pública não teria uma relação direta com o processo, mas sim se voltaria para a proteção de interesses estranhos a ele, tendo, em suas palavras “nítidos traços de medida de segurança”², o que, hoje, já se chocaria com o fato de, em boa hora, ter a lei penal brasileira extinguido a medida de segurança como resposta penal para imputáveis: não havendo medida de segurança definitiva, muito menos poderia havê-la provisória.

Mas, o que, de todo modo, é inadmissível, por violar os princípios e

regras constitucionais, é este caráter de antecipação punitiva, a significar, em última análise, uma imposição de pena sem processo.

A garantia da ordem pública, como as demais manifestações do *periculum in mora* elencadas no art. 312 CPP, há também que sempre dizer respeito a fatos que se relacionem diretamente com os meios e fins do processo. É possível pensar em hipóteses assim admissíveis — mas, decerto, raras — de decretação da prisão preventiva *strictu sensu* para garantia da ordem pública, quando se estiver, por exemplo, diante de uma extrema comoção social provocada pela provável prática do delito, a exigir a imposição da medida para assegurar a realização do processo, eventualmente ameaçado por um clamor de “justiça pelas próprias mãos”.

Entretanto, há uma outra hipótese — e esta cotidiana — de prisão processual que se caracteriza exatamente pela presença do requisito da garantia da ordem pública: é a prisão em flagrante, que se constitui numa coerção urgente e imediata como forma de, impedindo o dano ou os efeitos do ataque que está sendo ou acabou de ser perpetrado contra o bem jurídico, restabelecer a paz social teoricamente abalada naquele momento da violação da lei penal.

A prisão em flagrante é ato administrativo (permitido dada a urgência da providência necessária para garantir a ordem pública), que se converte em medida cautelar, submetendo-se sua manutenção aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que, se, em princípio, estão presentes no momento da prisão, poderão não subsistir logo após.

A harmonização do instituto da prisão em flagrante com a necessária obediência aos requisitos da tutela cautelar, que, repita-se, hão de estar presentes em toda prisão de natureza processual, se materializou em nossa

legislação com a regra do parágrafo único do art. 310 CPP, introduzida pela reforma efetuada através da Lei 6.416/77, a deixar claro que aquela prisão decorrente do flagrante só poderia subsistir nos mesmos casos em que seria possível a decretação da prisão preventiva *strictu sensu*, ou seja, quando verificada a subsistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em princípio caracterizados no momento de sua efetivação.³

Naturalmente, quaisquer dos requisitos que fundamentam a concessão da tutela cautelar (e, portanto, a prisão provisória) têm que ser demonstrados, o que decorre da própria fórmula do *devido processo legal* e, mais especificamente, do princípio expresso no art. 93, inc. IX da CF, que consagra o dever de motivação das decisões judiciais, princípio este explicitado na garantia contida na regra que determina que a prisão não decorrente de flagrante só poderá se dar por ordem escrita e *fundamentada* da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI CF).

Assim, quer na decretação da prisão preventiva *strictu sensu*, quer na manutenção da prisão decorrente de flagrante, como em qualquer decisão que importe na concessão da tutela cautelar consistente na prisão provisória, a *necessidade* de tal medida deverá estar devidamente demonstrada através de *atos* que a revelem.

Veja-se o que diz a respeito o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho: "Seja como for, o que importa ressaltar é a imperatividade da declaração expressa dos motivos que ensejam a restrição da liberdade individual no caso concreto, tanto nas hipóteses em que há pronunciamento jurisdicional prévio (prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível), como na convalidação da prisão em flagrante, em que o Juiz deve declarar as razões de sua manutenção e

da não concessão da liberdade provisória (...) Sendo assim, não são suficientes à motivação das decisões sobre prisão as referências à 'ordem pública', à gravidade do delito ou aos antecedentes do acusado, sendo indispensável que se demonstre cabalmente a ocorrência de fatos concretos que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo fundamental ou final."⁴

No mesmo sentido, há importante pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do HC 68.530-7-DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello: "Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os Juízes e Tribunais estão, ainda que se cuide de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constitutivos do *status libertatis* que pratiquem no desempenho de seu ofício. A restrição ao estado de liberdade impõe ato decisório suficientemente fundamentado, que encontre suporte em fatos concretos." (in DJU, de 12.4.91, p. 4.159).

3. A inconstitucionalidade da prisão processual obrigatória

A observância dos princípios e regras constitucionais impõe outra afirmação básica: *não podem nem a lei nem seus aplicadores considerar quaisquer presunções como fundamentos da prisão processual*.

Tal afirmação já deriva da própria racionalidade dos atos de governo, inerente ao Estado de Direito, a afastar as presunções, que, na realidade, não passam de ficções, com as quais o Direito não pode trabalhar, ainda mais quando está em jogo a liberdade.

Mas, neste tema da prisão processual, a fórmula fundamental do devido processo legal e as garantias específicas

desdobradas de seu conteúdo deixam ainda mais clara tal afirmação.

Como lembra o Prof. Tourinho Filho, ao comentar os efeitos do recurso de apelação⁵, muito antes da Constituição de 1988, que veio consagrar explicitamente aquela fórmula fundamental, bem como, entre outros, o princípio da chamada “presunção de inocência” ou “presunção de não-culpabilidade” (princípio que, na realidade, não institui uma presunção, mas sim expressa a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, a Profa. Ada Pellegrini já ressaltava que, a se falar em presunções, qualquer delas cederia diante daquela presunção de não-culpabilidade⁶.

Naturalmente, assim como os juízes e tribunais, ao conceder a tutela cautelar consistente na prisão processual, não podem fundamentar sua decisão, utilizando-se de presunções (seja de periculosidade, de fuga, seja de que, se solto, o réu voltará a delinquir, como é comum encontrar em decisões judiciais), estando obrigados a indicar a ocorrência de fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida, tampouco pode o legislador estabelecer hipóteses de prisão processual obrigatória: tanto quanto as demais entidades públicas, está o legislador vinculado aos princípios e regras constitucionais.

Recusando esta vinculação, o legislador ordinário, ao produzir a Lei 8.072/90, em momento de especial intensificação das chamadas campanhas de lei e ordem, alimentadas pela já referida manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência (falsamente identificada com a criminalidade convencional), criou espécie de prisão processual obrigatória, proibindo a concessão de liberdade provisória (art. 2º, inc. II) nos casos dos crimes ali etiquetados de “hediondos” (latrocínio; extorsão qualificada pelo resultado morte; extorsão mediante se-

questro e suas formas qualificadas; estupro e atentado violento ao pudor, em suas formas simples e qualificadas; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pelo resultado morte; e genocídio) e nos a eles assemelhados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo), proibição esta que traz uma das mais explícitas dentre as inúmeras violações a princípios e regras constitucionais, que caracterizam aquela “hedionda” lei.⁷

A vedação da liberdade provisória, de forma abstrata e absoluta, a presos em flagrância referente a determinados delitos fere frontalmente a fórmula fundamental do devido processo legal, na medida em que constitui verdadeira antecipação da pena, verdadeira condenação imposta sem processo e sem julgamento, ferindo, assim e conseqüentemente, a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada “presunção de inocência”). A prisão processual, por sua natureza necessariamente cautelar, não pode ser determinada pela espécie ou pela suposta gravidade do delito atribuído ao indiciado ou processado, até porque a efetiva ocorrência do delito, por maior que seja a probabilidade desta ocorrência, só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano do concreto, quando da cognição definitiva do mérito, a ser feita no momento da sentença.

Não bastasse isso, a Constituição Federal ainda explicitou na regra contida no n. LXVI de seu art. 5º o direito à liberdade provisória, cujo conteúdo essencial não poderia sofrer restrições por parte do legislador ordinário. O sentido de tal regra constitucional, que expressamente se aplica também às infrações inafiançáveis, foi muito bem demonstrado em importante artigo do Prof. Odone Sanguiné sobre o tema, onde ele afirma que “a liberdade pro-

visória, por ser um direito fundamental constitucional, sempre será garantida pela lei, para todo e qualquer crime, em caráter geral, mas será admitida ou não pelo juiz ou Tribunal, conforme o caso concreto, segundo as pautas indicadas em lei, tal como hoje regulada pelo Código de Processo Penal.”⁸

Mais adiante, completa o Prof. Odone Sanguiné: “Mesmo quando se admita a ‘anulação’ do direito subjetivo de certo indivíduo em determinadas circunstâncias, nunca esta restrição poderá ser absoluta. Vale dizer, pode a lei ordinária admitir ou não a liberdade provisória, conforme circunstâncias concretas; não, porém, sempre vedá-la em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de crimes.”⁹

4. A inconstitucionalidade da prisão temporária

Igualmente desvinculando-se dos princípios e regras constitucionais, o legislador ordinário introduziu, com a Lei 7.960/89 (produto também das chamadas campanhas de lei e ordem), nova modalidade de encarceramento não decorrente de condenação — a prisão temporária.

Tal instituto já veio contaminado por um vício original, pois criado através de medida provisória baixada pelo Presidente da República, que se converteu na Lei 7.960/89, de manifesta inconstitucionalidade.

Tratando-se de instrumento de coerção pessoal, a atingir o direito de liberdade, não poderia a prisão temporária ser objeto de medida provisória, mas tão somente de lei em sentido estrito (ou seja, o ato normativo procedente do Poder Legislativo e elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente estabelecidos): tem-se aqui decorrência básica do princípio da legalidade, que, naturalmente, limita o poder do Estado não só em matéria penal subs-

tantiva, mas também no que diz respeito ao direito processual penal, notadamente neste campo da liberdade.

A respeito da inadmissibilidade de medida provisória em matéria penal e processual penal, a representar intolerável invasão em área de competência reservada ao Poder Legislativo, o Des. Alberto Silva Franco, comentando os significados do princípio da legalidade¹⁰, destaca que: “se, portanto o princípio constitucional da legalidade é, em toda sua extensão, a ponte que conecta o Direito Penal ao Direito Processual Penal e se esta ligação se mostra inarredável e se traduz, além disso, numa garantia jurídica posta à disposição do cidadão, é evidente que um dos corolários daquele princípio — o da reserva absoluta da lei em matéria penal — é plenamente ajustável ao processo penal, máxime quando estiver em jogo, direta ou reflexamente, um dos direitos fundamentais do homem: o direito à liberdade pessoal”, para, concluindo, dizer que “se o Estado Democrático de Direito, criado pela CF/88 (art. 1º), é um Estado de Direitos e Garantias Fundamentais; se, entre tais garantias, se inclui a de que todo cidadão só poderá ser despojado de sua liberdade pessoal se, *por lei*, sua conduta for anteriormente prevista e sua pena previamente cominada; se, também deve ser regrado, *por lei*, todo mecanismo de coerção pessoal no processo; se se considera *lei* o ato normativo procedente do Poder Legislativo, elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente prescritos, a medida provisória, que verse sobre matéria penal ou a respeito de limitações da liberdade pessoal, no curso do processo ou fora dele, constitui um instrumento totalmente inadequado para tais finalidades e sua adoção atrita, de modo manifesto, com as normas constitucionais ensejando uma insuportável violação ao Estado Democrático de Direito, cuja realidade concreta e ime-

diata depende de um Poder Executivo que conheça seus limites e aja sem arbitrariedades, de um Poder Legislativo preservado na sua área de atuação e de um Poder Judiciário que compreenda sua condição de garante da Lei Magna e que, sem concessões nem acomodamentos, exercite sua missão”.

Mas, não bastasse esse vício original, o instituto da prisão temporária ainda se afasta da necessária natureza cautelar, que deve estar presente em toda prisão não decorrente de condenação, revelando-se em sua criação, também por isso, a inobservância de princípios e regras constitucionais.

Impondo-se a prisão temporária a simples suspeitos da prática de determinados delitos considerados graves, em nenhum dos ns. I, II e III do art. 1º da Lei 7.960/89, em que se estabelecem as hipóteses para sua decretação, estão presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pouco importando que se considerem aqueles incisos conjunta ou separadamente. A Profa. Ada Pellegrini aponta esta desvinculação da prisão temporária com os requisitos da tutela cautelar, observando que, não obstante ser ordenada pelo juiz, tal medida dispensa qualquer investigação a respeito da concreta necessidade cautelar.¹¹

Além disso, visando tão somente as investigações do inquérito policial, tal instituto, a rigor, não apresenta uma das características fundamentais das medidas cautelares — a acessoriedade, ou seja, a vinculação ao resultado do processo principal.

Este desrespeito a princípios e regras expressamente consagrados na Constituição Federal, manifestado na elaboração legislativa e na constante e inquestionada aplicação da prisão temporária, ensejando aquela insuportável violação ao Estado Democrático de Direito, de que fala o Des. Alberto Silva Franco no texto aqui citado, ainda ig-

nora a intenção do constituinte de 88, que, ao consagrar a regra contida no n. LXI do art. 5º (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”), claramente quis afastar qualquer possibilidade de prisão para averiguações.

Comentando o texto constitucional, logo após a promulgação da Nova Carta, os Profs. Paulo Cláudio e João Batista Tovo, ao se referirem à regra em questão, já advertiam que: “De qualquer modo, o texto em exame elimina definitivamente a pretensão de criar-se mais uma espécie de prisão cautelar, única que teria expressamente este nome e que seria, como já afirmamos alhures, camuflagem da famigerada “prisão para averiguações”. Só o juiz poderá decretar a prisão quando necessária, na órbita processual penal, desde que tenha as provas da existência do fato aparentemente delitivo e, pelo menos, a suspeita fundada da autoria (na lição do mestre Hélio Tornaghi), sob pena de violação da presunção de inocência. A ninguém deve ser dado um poder tão alto, o de prender para averiguações, nem mesmo ao juiz, dê-se o nome que se quiser dar a tal prisão, como temporária, etc., sob pena de incorrer-se num contrasenso inominável”.¹²

5. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Independentemente da controvérsia sobre a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e ainda sem considerar a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada “presunção de inocência”), há que se afirmar a clara inconstitucionalidade tanto da regra contida no art. 594 CPP, ao condicionar à prisão a apelação do

rêu que não for primário e de bons antecedentes, quanto da regra do art. 595 do mesmo diploma legal, que determina a deserção da apelação em função da fuga do réu condenado.

Tais dispositivos de nossa lei processual penal ferem frontalmente a garantia da ampla defesa, consagrada no n. LV do art. 5º da Constituição Federal e, já por isso, há que lhes ser negada vigência. Assegurando a regra constitucional a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nenhuma circunstância poderá inviabilizar o acesso ao duplo grau de jurisdição, que, a toda evidência, constitui recurso inerente à ampla defesa.

De todo modo, não se afasta a importância do exame da natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Em princípio, o entendimento adotado pelo Prof. Afrânio Silva Jardim de que tal prisão não teria natureza cautelar, tratando-se de verdadeira execução provisória da pena,¹³ não se compatibiliza com a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado.

Mesmo antes de se considerar tal garantia, já se poderiam levantar objeções à execução provisória da pena imposta em sentença condenatória recorrível, a partir da própria natureza irreparável da prisão. Dada esta natureza irreparável, com a conseqüente impossibilidade de "se restituírem as coisas ao estado anterior", seria possível ver aqui situação semelhante à contemplada na regra que, no processo civil, impõe restrições à execução provisória de sentença pendente de recurso desprovido de efeito suspensivo (v. o art. 588, n. II CPC, onde se dispõe que a execução provisória não abrange os atos que importem alienação do domínio). A irreparabilidade da prisão estaria, assim, a impedir a execução provisória da pena

fundada na sentença condenatória ainda pendente de recurso (inclusive os recursos especial e extraordinário).

Mas, é a concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, que efetivamente impõe a afirmação da natureza essencialmente cautelar da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, só podendo, em conseqüência, tal prisão ser mantida ou decretada se presente o *periculum in mora* (aqui, para garantir os fins do processo, assegurando a eventual aplicação da pena ou a ordem pública, esta com as ressalvas já expostas). Evidentemente, não há mais que se falar, neste ponto, do *fumus boni iuris*, na medida em que, com a cognição definitiva do mérito feita na sentença condenatória (sentença definitiva em sentido processual, ou seja, não mais baseada em fatos ou situações eventuais ou passageiras, mas apenas sujeita a revisão no 2º grau de jurisdição), já se está diante do reconhecimento expresso do direito alegado pelo autor.

O fato da prisão decorrer de sentença definitiva naquele sentido processual não parece constituir óbice à afirmação de sua cautelaridade. Não obstante os sempre admiráveis argumentos do Prof. Afrânio Silva Jardim,¹⁴ é questionável sua sustentação da ausência de cautelaridade em tal prisão, por não estar ela marcada pelas características inerentes à tutela cautelar. Tais características são perfeitamente identificáveis, afastando-se apenas os aspectos diretamente relacionados com a provisoriedade da cognição do mérito. Vale notar que não é esta uma hipótese isolada de permanência de medida cautelar após a prolação da sentença no processo principal.

É certo que as medidas cautelares só costumam desempenhar suas funções processuais até a outorga da tutela

satisfatória, cessando sua eficácia com a extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito, como dispõe a regra contida no art. 808, III CPC. Entretanto, como ressalta o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em tal dispositivo está implicitamente ressalvada a hipótese de, sendo favorável ao autor a sentença definitiva no processo de conhecimento, ainda permanecer necessária a medida cautelar, para assegurar a satisfação do direito, dando o eminente Professor como exemplo desta hipótese, no processo civil, o arresto até sua conversão em penhora (art. 818 CPC).¹⁵

Não só possível, portanto, reconhecer a cautelaridade da prisão mantida ou decretada em sentença penal condenatória recorrível, como imperativo tal reconhecimento, diante da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, extraindo-se daí a consequência de que, como em qualquer outra hipótese de prisão de natureza processual, também aqui se terá que demonstrar sua *necessidade*.

Demonstrada esta necessidade, através da presença de *atos* (e não simples presunções, como a reincidência, a quantidade da pena, ou a natureza do delito pelo qual foi o réu condenado) reveladores da existência do *periculum in mora* e, aí sim, mantida ou decretada a prisão, se poderia admitir uma execução provisória da pena imposta na sentença, de modo a permitir que o réu eventualmente se beneficie dos direitos (a progressão ou o cumprimento inicial em regime aberto ou semi-aberto, o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho, etc.) reconhecidos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

O reconhecimento desta única hipótese admissível de execução provisória da pena imposta em sentença penal condenatória recorrível, não afetaria a

natureza essencialmente cautelar da prisão ali mantida ou decretada. Decorrendo tal natureza do inafastável respeito a uma garantia constitucional (a de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado), é, como já apontado, imperativa sua afirmação.

Tal afirmação, porém, em nada impediria que, uma vez efetuada aquela prisão (necessária, diante da presença demonstrada do *periculum in mora*), se procedesse a uma excepcional execução provisória da pena, para o fim de beneficiar o réu assim preso com os direitos consagrados na Lei de Execução Penal, pela intuitiva razão de que uma garantia não pode funcionar em prejuízo daquele que se pretende garantir: é este o mesmo princípio que preside a detração da pena (art. 42 CP), instituto que tampouco desnatura a cautelaridade das demais modalidades de prisão de natureza processual.

Para concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, como também para o efetivo exercício da ampla defesa, impõe-se o entendimento de que, em princípio, há que ser dado efeito suspensivo a todo recurso do réu contra sentença penal condenatória (não só a apelação, mas qualquer recurso, inclusive o especial e o extraordinário), nada obstando que, uma vez demonstrado o *periculum in mora* e assim presente a necessidade da prisão (de inafastável natureza cautelar), sendo esta efetuada, excepcionalmente se retire aquele efeito do recurso, para a única razão de permitir que o réu então preso se beneficie de uma igualmente excepcional execução provisória da pena, restabelecido o efeito suspensivo do recurso por ele interposto caso seja esta execução interrompida por uma eventual fuga.

6. Conclusão

O tratamento das questões relativas à prisão e à liberdade processuais, em harmonia com os princípios e regras constitucionais, revela a necessidade de revisão da tendência abusiva de emprego da prisão provisória encontrada na legislação e na prática das agências judiciais, revela a necessidade de, seguindo a lição do Prof. Gomes Canotilho,¹⁶ dar aplicabilidade efetiva aos direitos, liberdades e garantias, fazendo-os valer diretamente contra leis que os restringem em desconformidade com a Constituição, como aqui se procurou abordar.

É preciso não esquecer, ainda, que o direito processual penal funciona como instrumento acessório de um direito material caracterizado pela irracionalidade e que toda a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva é provocada, não só pela imposição formal da pena, mas muito antes, pelo simples contato com o sistema penal, como também é preciso não esquecer que esta irracionalidade, que esta carga deteriorante e criminalizante não se compatibilizam com a dignidade da pessoa humana; com a cidadania; com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; com a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais; com a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação — fundamentos e objetivos da República, princípios fundamentais, como os define a Constituição Federal.

O resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional, a efetiva aplicação das normas constitucionais, a realização dos fundamentos e objetivos da República, a construção do Estado Democrático de Direito estão, portanto, a impor uma mudança de rumo na atuação do legislador e das agências judiciais: afastar-se da tendência abusiva do emprego da

prisão processual, afastar-se do perigoso abandono dos princípios garantidores, afastar-se de uma ilusória oferta de segurança e caminhar no sentido da liberdade.

NOTAS

1. Em Torno do "Devido Processo Legal" in *Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 4ª ed., 1991, pp. 464-465.
2. In *Liberdade Provisória*, Rio, Forense, 1981, p. 77.
3. Sobre a explicitação da natureza cautelar da prisão decorrente de flagrante, a partir da reforma de 1977, vejam-se os comentários da Profª Ada Pellegrini Grinover, in *A Nova Lei Penal, A Nova Lei Processual Penal*, São Paulo, Ed. RT, 2ª ed., 1979, pp. 133-136, em colaboração com o Prof. Paulo José da Costa Júnior.
4. In *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 81.
5. V. seu *Processo Penal*, vol. 4/294 e ss. São Paulo, Saraiva, 12ª ed., 1990.
6. V. o estudo da Profª Ada Pellegrini "Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio", in *O Processo em sua Unidade*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 95 e ss.
7. Sobre a Lei 8.072/90 (apelidada de "hedionda" pelo Prof. Tourinho Filho, em conferência proferida na abertura do Simpósio de Direito Penal e Direito Processual Penal: Reflexos Constitucionais, Inovações e Tendências, realizado no Rio de Janeiro, em novembro de 1990), é indispensável a leitura da obra de Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos (Notas sobre a Lei 8.072/90)*, São Paulo, Ed. RT 2ª ed., 1992, onde, na mais completa e profunda análise sobre ela publicada, se revela toda a postura autoritária e desrespeitadora das normas constitucionais que presidiu sua elaboração.
8. Inconstitucionalidade da Proibição da Liberdade Provisória, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, nº 4, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 18.
9. Op. cit., p. 19.
10. In *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 4ª ed., 1993, pp. 22-25.
11. V. seu estudo "Lineamentos Gerais do Novo Processo Penal na América Latina:

Argentina, Brasil e o Código Modelo para Íbero-América" in *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, pp. 33-55.

12. In *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 28.

13. V. seus estudos "A Prisão em Decor-
rência de Sentença Penal Condenatória
Recorrível" e "A Prisão no Curso do Processo
em face da Nova Constituição", in *Direito
Processual Penal*, Rio, Forense, 4ª ed., 1991,
pp. 389-409 e 410-415.

14. V. o estudo mencionado na nota ante-
rior, "A Prisão em Decor-
rência de Sentença Penal Condenatória Recor-
rível", onde, afir-
mando a ausência das características da
acessoriedade, da preventividade, da instru-
mentalidade hipotética e da provisoriedade,
entende o Professor Afrânio Silva Jardim estar
afastada a natureza cautelar da prisão decor-
rente de sentença penal recorrível.

15. In *O Novo Processo Civil Brasileiro*, II/
184-185, Rio, Forense, 2ª ed., 1978.

16. V. seu *Direito Constitucional*, Coimbra,
Almedina, 5ª ed., 1991, p. 192.

DOCTRINA NACIONAL

A DESBUROCRATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN

1º Promotor de Justiça

MARTHA DE TOLEDO MACHADO

5ª Promotora de Justiça

Muito se tem falado, ultimamente, dos males da Justiça, notadamente a Penal. São eles decorrentes de diversos fatores conjugados.

O sistema processual penal, arcaico, dissociado da realidade atual é, sem dúvida, um dos responsáveis pela sensação de impunidade que campeia no nosso País.

Na busca de procedimentos mais céleres, tem-se dado ênfase à necessidade de regulamentação daqueles “Juizados Especiais” previstos na Constituição (art. 98, I) para a apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, como a grande solução para os problemas da morosidade da Justiça.

É cediço, no entanto, que inúmeras normas Constitucionais carecem de regulamentação, uma das quais a que pretende estabelecer critérios para o funcionamento dos Juizados Especiais (Projeto de Lei 1.480/89 — Dep. Michel Temer).

Mas enquanto não se verificam mudanças na legislação processual penal, agilizando-a, tomando-a mais eficaz e permitindo a rápida distribuição da Justiça, outros caminhos hão de ser buscados, antigos talvez, mas nem por isso menos eficazes.

Não temos a pretensão de desenvolver nenhuma construção doutrinária. O que se objetiva, tão-somente, é defender, o que entendemos ser, a correta aplicação da lei já existente.

Pretendemos abordar questão eminentemente prática e das mais corriquei-

ras, ou seja, o “procedimento comum, dos crimes apenados com detenção”, incluindo-se, aí, em face da revogação do art. 26 do CPP (art. 129, I, da CF), também as Contravenções Penais.

Para determinados delitos, normalmente de menor potencial ofensivo, o Código de Processo Penal prevê procedimento mais concentrado e célere (arts. 539 e ss.). Tal assertiva, por sua obviedade, poderá causar risos àqueles já habituados com a prática forense. Entretanto, não é menos correto afirmar-se que a “praxe”, que poderia ser chamada de burocratização da Justiça, ao invés de buscar simplificar o andamento desses feitos, a cada dia os torna mais dificultosos — e repletos de atos quase sempre desnecessários — equiparando-se-os a procedimentos mais amplos, em regra previstos para a apuração de infrações penais de maior potencial ofensivo — e, por isso mesmo, de análise mais complexa — ferindo, assim, o “espírito da lei”.

Referimo-nos, especificamente, a dois costumes já arraigados no dia-a-dia: o primeiro deles, o de se converterem os debates na posterior apresentação de memoriais — com a procedente justificativa de que, pela morosidade com que aqueles (os debates) se desenvolvem, haveria sobrecarga nas pautas de audiências; o segundo, também não previsto expressamente em lei, é o hábito de se reduzirem a termo, palavra por palavra, as manifestações de acusação e defesa.

Em outros termos, não existe previsão legal para substituição de debates por alegações escritas e também não existe previsão legal no sentido de se proceder o ditado, pelas partes, dos debates orais da acusação e defesa.

A primeira das práticas tem gerado, inclusive, a anulação de processos por lesão ao princípio Constitucional do *due process of law*, em reiteradas manifestações do E. TACrimSP. É certo que, a nosso ver, ocorre nesta hipótese, a não obediência estrita ao rito legal, na medida em que os debates orais são substituídos por alegações escritas. Divergimos, entretanto, da posição jurisprudencial que aí vê nulidade do processo, posto que nos parece que o rito mais amplo, ao contrário de resultar em cerceamento de qualquer direito, possibilita teoricamente maior amplitude do exercício da acusação e da defesa. Além disso, não se pode relegar ao oblívio que não se “declarará nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566 do CPP).

De toda sorte, é inquestionável que a adoção desta prática burocratiza e atrasa o andamento do feito, nas hipóteses em que a própria lei (posicionando-se entre a teoricamente sempre presente contradição entre os valores de busca da verdade real/ampla defesa, de um lado, e rápida aplicação da justiça, de outro) adotou rito mais célere, e conseqüentemente mais restrito.

Mas é justamente na análise da segunda praxe supra referida que pretendemos centrar nossa discussão.

O legislador Processual Penal, quando desejou fossem as alegações e outros atos do processo reduzidos a escrito, fê-lo de maneira bastante clara e inconfundível.

Basta verificarmos, p. ex., o disposto no art. 500 do CPP: “Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, *será aberta vista*

dos autos, para as alegações, sucessivamente, por três dias...”.

Há, ainda, no Código, outros exemplos bastante elucidativos, tais como:

“art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser seu autor, as provas que possa indicar, *tomando-se por termo* as suas declarações.

“Art. 216. O depoimento da testemunha *será reduzido a termo*, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”.

Em outros casos não há esta obrigatoriedade.

Só à guisa de exemplo, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, na fase do *judicium causae*, acusação e defesa realizam os debates oralmente (arts. 417 e 478), não se tendo notícia histórica, por este ou aquele motivo de ordem prática, de que tenham sido reduzidos a termo em qualquer julgamento! Nem tampouco notícia de que qualquer julgamento perante o Tribunal do Júri tenha sido anulado porque não se reduziu a termo, palavra por palavra, o que foi dito durante o debate da causa!

É certo que o processo e julgamento desta última espécie de delito apresenta certas peculiaridades, como a competência que emana da própria Constituição. Contudo, seu procedimento, como aliás todos os outros, vem delineado por Lei Federal, o Código de Processo Penal.

Igualmente não são reduzidas a termo as sustentações orais nos Tribunais e, nessa linha de raciocínio, outras tantas hipóteses poderiam ser aventadas.

Em outras palavras, afigura-se-nos recomendável que, no procedimento comum dos crimes apenados com detenção, os debates que são produzidos oralmente, perante o Magistrado, não devam ser ditados integralmente pelas partes e reduzidos a termo, não só pela

demora na própria datilografia, como também, não raro, pela dificuldade de interpretação do próprio escrevente, para quem, na prática, toda a sustentação acaba sendo dirigida.

Dessa forma, basta que, após a explanação oral das partes, assegurado o prazo para a sustentação, o juiz, de forma sucinta, faça consignar na ata de audiência as teses aduzidas e suas respectivas razões, além de eventuais incidentes e requerimentos, a semelhança do que ocorre no procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

Em seguida, caso se sinta habilitado, no próprio termo será prolatada a sentença, com todos os requisitos, onde serão enfrentadas todas as questões suscitadas.

Parece-nos intuitivo, e aqueles que militam na área criminal (notadamente nos foros regionais da Comarca da Capital) bem sabem, que seriam economizados preciosos minutos. E, mais do que isso, suprimidos prolongados e desnecessários "ditados", evitando-se, outrossim, as pouco recomendáveis práticas aludidas no início desse trabalho, que, não raro, redundam na perda de pretensão punitiva Estatal, pelo decurso do tempo.

Nem se alegue que a ausência de alegações reduzidas a termo acarretaria cerceamento de defesa.

A própria Carta Magna, no seu art. 5º, LV, diz que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes."

Ora, não se vislumbra lesão ao contraditório (porque ao réu, em qualquer hipótese, será assegurado o direito de contradizer a acusação, a igualdade e liberdade processuais, etc...) e tão pouco haverá limitação dos meios ou recursos disponíveis para o exercício amplo da defesa, na medida em que não se opõe obstáculo algum à coleta ou produção da prova.

Mas não é só.

Diz ainda a Constituição no seu art. 5º, inc. LIV que: "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*".

É decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o *due process of law*, que, na lição de Couture, citado por Fernando Costa Tourinho Filho, in *Processo Penal*, I/60, 11ª ed., Saraiva, é, em última análise, o direito de não ser privado da liberdade e de seus bens "sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelecer a lei". Vale dizer, de acordo com o procedimento traçado pela lei.

Vê-se, portanto, numa apertada análise, que eventual alegação de cerceamento de defesa estaria fadada ao insucesso, já que o procedimento traçado no CPP não impõe a necessidade de manifestação das partes reduzida a escrito no rito dos crimes apenados com detenção.

E tanto assim que Espínola Filho analisando "os debates na audiência de julgamento" no rito sumário aponta que apenas haverá nulidade por falta "das fórmulas" da "acusação e defesa na sessão de julgamento" (art. 564, III, I, do CPP), "quando os debates não tenham efetivamente se travado" (cf. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, comentários aos arts. 538 e 564, itens 1.060 e 1.171, respectivamente).

E isto porque, certamente, a efetiva realização dos debates, ou seja, a explanação oral das razões de convencimento de acusação e defesa, não se confunde com a redução a termo, palavra por palavra, do que foi dito por cada uma das partes, como se os "debates" se tratassem da mesma "fórmula" que a apresentação de arrazoados escritos, como exigidos, v.g., nos arts. 500 e 406 do CPP.

Não é por outra razão que o E. TACrimSP, em recente pronunciamento publicado na *Revista de Julgados e*

Doutrina, 6/163-4 repeliu correição parcial interposta pelo Ministério Público, que se recusara a debater determinada causa, sem que suas alegações fossem por ele ditadas ao escrevente e reduzidas a termo literalmente.

O acórdão referido tem a seguinte ementa: "Os debates orais em audiência são reduzidos a termo, resumidamente, sob o ditado do Juiz e não das partes, as quais não terão o direito de fazê-los diretamente ao Escrivão".

E analisando a questão em declaração de voto vencedor, lecionou o e. Juiz daquela Corte Haroldo Luz:

"Descabe, entretanto, deferir o pleiteado pelo requerente, pois, na audiência de instrução e julgamento, os debates são orais, falando cada parte de sua vez, apresentando a respectiva pretensão, com os argumentos que se apóiam na prova dos autos (Orlando Souza, *Manual de Audiências Cíveis e Criminais*, São Paulo, Sugestões Literárias, 4ª ed. 1971, pp. 89-90, n. 52)".

"Exatamente pela oralidade, o § 2º do art. 538 do CPP não determina que conste do termo de julgamento resumo ou cópia integral dos debates (Hildebrando Dantas de Freitas e José Rangel de Almeida, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, São Paulo, Limonad, 1954-60, 3ª tir., 2º/1.091, n. 1.778), inclusive porque, a teor do n. II, do art. 381, do mesmo Código, conterà a sentença exposição sucinta da acusação e defesa".

"Inexistindo, porém, vinculação do Juiz à causa criminal, daí surgiu, ao que tudo indica, difundíssima praxe, pela qual as partes, a pretexto do debate, ditam suas falas diretamente ao Escrivão ou Escrevente, porém, é óbvio, tal não constitui exigência legal e não gera nenhum direito".

"Logo, a documentação do que se passa na audiência, conforme magistério de José Frederico Marques, deve fazer-se na forma preconizada pelo art. 272,

atual 457, do CPC analogicamente aplicado, isto é, o Escrivão lavrará, sob ditado do Juiz, termo que conterà, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos e a sentença, se esta for proferida no ato (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 2ª ed., 1970, III/118, n. 664, nota 2)".

A correta aplicação da lei, no caso específico, como já foi dito, por certo economizaria preciosos minutos diários, que, somados, significariam dias de trabalho de Magistrados, Promotores e Advogados, agilizando a prestação Jurisdicional, deixando, outrossim, de sobrecarregar as pautas de audiências.

Interessante consignar, de outra parte, que nem mesmo a modificação da Lei, com a implantação dos Juizados Especiais para a apuração de infrações penais de pequeno potencial ofensivo, virá resolver o problema, se a rotina forense criar práticas reprováveis e burocratizantes, como a aqui analisada.

Basta, para tanto, verificarmos o procedimento especial para a apuração dos delitos de abuso de autoridade. Aqui, a lei previu rito concentradíssimo, resumindo todos os atos numa única audiência, dispensando, p. ex., a realização do exame de corpo de delito, vedando até mesmo a expedição de cartas precatórias, que só a critério do Juiz poderão ser deferidas.

Pergunta-se: o procedimento especial para a apuração desta espécie de delito, abreviou a prestação da tutela jurisdicional?

A toda evidência a resposta é negativa, pois já se tornou comum imprimir àquele o procedimento previsto para os crimes apenados com detenção e com todos os seus vícios.

Em síntese, é importante, até mesmo curial, que se modernize a legislação processual penal. Porém, a par dessas evoluções, é essencial também que se cumpra a lei já existente, e nos seus estritos termos.

DOCTRINA NACIONAL

PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Procurador de Justiça do Estado de
São Paulo e professor de Direito Penal

1. Etimologia e conceito. 2. Evolução Legislativa. 3. Direitos e garantias constitucionais. 4. Natureza jurídica. 5. Pressupostos e princípios. 6. O procedimento judicial. 7. Incidentes da execução. 8. Autonomia do processo de execução. 9. Notas. 10. Bibliografia.

1. Etimologia e conceito

A palavra *execução* é originária do vocábulo latino *executio* que, por sua vez, deriva do verbo *exsequi*, que significa “levar a cabo, ultimar, seguir até o fim, efetuar, realizar”.¹

Na terminologia jurídica, possui uma variedade de acepções, todas tendentes a mostrar a intenção ou o desejo de realizar um plano, um projeto, concebido anteriormente, ou concluir o que fora iniciado. Para De Plácido e Silva, “na técnica judicial, é o ato por que se cumpre a decisão de uma sentença, compelindo ou constringendo o condenado a reduzir a efeito o objeto do decisório. (...) Mesmo em matéria penal, execução não foge ao sentido de reduzir a efeito a sentença condenatória, pela aplicação da penalidade ao condenado”.²

O processo de execução, portanto, constitui-se do conjunto de atos por meio dos quais se faz efetiva a sanção estabelecida na sentença do processo de conhecimento.

Para melhor entendimento do tema, há necessidade de uma breve observação sobre as *sanções* em geral, pois estas constituem o objeto do processo de execução.

Segundo Liebman, tudo o que fazemos é considerado pelo direito como coisa permitida, ou proibida, como fatos que dão lugar a consequências jurídicas. Esse conjunto de regras constitui a chamada ordem jurídica. E o descumprimento de imperativos decorrentes do direito implica em imposição de uma sanção.

Acrescenta o renomado jurista que “à palavra sanção se pode dar uma significação mais ou menos ampla: por exemplo, pode-se considerar como tal a responsabilidade por perdas e danos do devedor que não cumpriu a obrigação, ou deixou de cumpri-la pelo modo e no tempo devido (art. 1.056 do CC). Nesse caso o inadimplemento da obrigação originária produz o nascimento de obrigação secundária por perdas e danos, que representa a consequência e, em certo sentido, a sanção daquele fato”.³

Já no sentido técnico e estrito, o termo sanção é reservado às medidas estabelecidas pelo direito positivo em razão da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem a colaboração da atividade voluntária do inadimplente: “regra jurídica sancionadora é aquela que, abstrata ou concretamente, ordena a atuação de uma dessas medidas”.⁴

Há várias espécies de sanções, mas para fins didáticos, a doutrina costuma classificá-las em *penais* (ou criminais) e *extra-penais* (ou civis em sentido amplo). Para o ato ilícito não tipificado como infração penal, a lei impõe a sanção civil, cuja finalidade é reparatória e satisfativa. Já a inobservância de imperativo produzido por comportamento humano que a lei qualifica como crime ou contravenção sujeita o infrator a uma sanção de natureza penal (pena ou medida de segurança). Somente estas últimas é que interessam a um estudo dedicado ao processo de execução penal.

A prática de fato previsto como crime ou contravenção — adverte como propriedade Sérgio Marcos de Moraes Pitombo — não acarreta de imediato a imposição de uma pena ou medida de segurança pelo Estado. Em razão do princípio *nulla poena sine iudicio* (art. 5º, LIV e LV da CF), o acusado somente poderá sofrer punição após o julgamento pelo órgão competente do Poder Judiciário, com observância da ampla defesa e do contraditório.⁵

A sentença absolutória, evidentemente, não comporta execução alguma, por ausência de pena a ser cumprida pelo acusado. A condenação, com imposição de uma sanção pelo juiz, “exprime o poder-dever concreto de o Estado punir o infrator, ou sancionar o agente”.⁶

Para Frederico Marques, a sentença condenatória possui duplo conteúdo: 1. declara a existência do poder-dever de punir; 2. faz vigorar, para o caso concreto, a sanção cominada pelo tipo penal.⁷ Por isso, Sérgio Pitombo conclui que “a execução realiza, pois, o direito penal declarado, definido e fixado na sentença condenatória, a qual é a única exequível. As outras sentenças penais tão-só se cumprem, sejam elas declaratórias, constitutivas ou cautelares”.⁸

Deve ser registrado, ainda, nestas linhas introdutórias, que o processo de execução civil pode fundar-se em título

judicial (sentença de processo de conhecimento), ou em título extrajudicial, como uma letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque e outros documentos (arts. 584 e 585 do CPC). A execução penal, por outro lado, somente pode ter como fundamento uma sentença penal condenatória. Este é, portanto, o único título executivo de natureza penal (art. 1º da Lei 7.210/84).

2. Evolução legislativa

A legislação processual penal brasileira sempre foi muito tímida quanto à execução das sentenças, certamente por influência da estreita interpretação da doutrina de Montesquieu, de separação dos poderes do Estado. Com isso, as regras relativas à execução das penas foram deixadas para os órgãos administrativos, cabendo ao Judiciário apenas uma espécie de fiscalização distante e intervenção nos casos extremos.

A Constituição Imperial, expressando o liberalismo da época, procurou evitar os abusos no cumprimento das penas privativas de liberdade ao estabelecer: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes.”

O Código de Processo Criminal de 1832 atribuiu aos juízes municipais a execução das sentenças (art. 35, § 2º) mas foi o Reg. 120, de 31.1.1842 que disciplinou o cumprimento das penas, no Cap. XIV (arts. 406 a 436). Ocupou-se o referido Regulamento com a execução das penas de morte (art. 408), mandando aplicar o Código Criminal; de galés (art. 409), de prisão com trabalhos (410), prisão simples (414), de banimento (415), de degredo (417), desterro (418) e de multa (423 a 433).⁹

No final do século passado e no início do atual, a legislação processual passou para a competência dos Estados, que também regulamentaram o processo

de execução. A unificação legislativa foi restabelecida em 1º de janeiro de 1942, com a vigência do atual Código de Processo Penal (Dec.-lei 3.931, de 11.12.41).

O Código dedicou uma de suas partes à execução (Livro IV, composto pelos arts. 668 a 779). Além de disposições gerais, tratou o Código dos seguintes temas relativos à execução: da execução das penas em espécie (privativas de liberdade, pecuniárias e acessórias); dos incidentes da execução (suspensão condicional da pena e livramento condicional); da graça, do indulto, da anistia e da reabilitação; e da execução das medidas de segurança.

Somente em 1984 é que foi editada uma lei especial para disciplinar a execução penal no Brasil — a Lei 7.210, que entrou em vigor em 13.1.85, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209).

Desde os anos 30, entretanto, juristas preconizam a elaboração de lei específica para a execução das penas e das medidas de segurança. A primeira tentativa ocorreu em 1933, com a elaboração do anteprojeto de Código Penitenciário da República, remetido à Câmara dos Deputados em 1935. Não chegou a ser votado em razão da instituição do chamado Estado Novo. Participaram da elaboração deste anteprojeto, Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho.

Outros anteprojetos foram preparados, como o de Oscar Stevenson (1957) e o de Roberto Lyra (1963), este denominado Código de Execuções Penais, que não foi transformado em projeto “pelo desinteresse do próprio autor em face da eclosão do movimento político de 1964”, segundo informa Júlio Mirabete.¹⁰

Em 1970 foi encaminhado ao Ministro da Justiça Alfredo Buzaid o texto do anteprojeto do Código das Execuções Penais elaborado por Benjamin Moraes

Filho e revisto por uma comissão composta pelos seguintes juristas: José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves.

Cinco anos depois foi divulgado o anteprojeto de lei “que define e disciplina as normas gerais do regime penitenciário”, redigido por A. B. Cotrim Neto (presidente da comissão), José Danton de Oliveira, Armida Bergamini Miotto, José Arthur Rios, Francisco Evando de Paiva Onofre, Ruy Rebello Pinho e Hélio Fonseca, e composto de 152 artigos.

Finalmente, em 1981, comissão integrada por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Jr., Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin de Moraes Filho e Negi Calixto, apresentou ao Ministério da Justiça anteprojeto de Lei de Execução Penal. O trabalho foi publicado, recebeu sugestões e, depois de um ano, era submetido à comissão revisora composta por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, com colaboração de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna. O texto, encaminhado ao Congresso Nacional em 29 de junho de 1983, pela Mensagem 242, foi convertido na Lei 7.210, que, promulgada em 11.6.84, entrou em vigor no dia 13 de janeiro do ano seguinte.¹¹

Merece referência, também, a Lei 3.274, de 2.10.57, que dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário, revogada expressamente pela Lei de Execução Penal (art. 204).

Composta de apenas quarenta artigos, dos quais onze integralmente vetados pelo Presidente da República, teve pouca aplicação prática nos quase trinta anos de vigência. Cuidava, basicamente, da administração interna dos estabelecimentos penitenciários do País.

Alguns artigos da Lei 3.274 eram absolutamente supérfluos, como o 25: "O livramento condicional e bem assim outras medidas da competência dos Conselhos Penitenciários, no Distrito Federal, nos Estados e nos Territórios, continuam a ser processados e decididos na forma das leis penais."

Quatro artigos disciplinavam o chamado *selo penitenciário*, "aposto nos requerimentos e certidões", cuja renda deveria ser aplicada nas obras e serviços penitenciários (36 a 39).

Diante da falta de legislação adequada, os Estados passaram a editar leis regulamentadoras da execução penal, com fundamento na Lei 6.416, de 24.5.77, que alterou dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais.

No Estado de São Paulo foi sancionada a Lei 1.819, de 30.10.78, disciplinando os regimes das penas privativas de liberdade (fechado, semi-aberto e aberto), e implantando oficialmente a chamada prisão-albergue no âmbito estadual.

Antes da Lei federal 6.416 e da Lei estadual 1.819, o regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade era disciplinado por provimentos do Conselho Superior da Magistratura (órgão do Poder Judiciário do Estado). O projeto que deu origem à Lei paulista 1.819, aliás, teve como fonte principal os referidos provimentos, por sua vez inspirados nos trabalhos dos juristas Alípio Silveira e Manoel Pedro Pimentel.

A Lei estadual 1.819, nos arts. 8º a 11, indicava claramente as competências judicial e administrativa relativas à execução penal. À autoridade judiciária competia "determinar e revogar o regime de cumprimento da pena, bem como conceder, suspender e revogar as autorizações previstas nesta lei" (atos decisórios, portanto). A competência administrativa era limitada às funções internas nos presídios.

3. Direitos e garantias constitucionais

A Constituição Federal de 1988 incluiu, no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, algumas normas relativas à execução de penas. A mais importante, evidentemente, é a que declara assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX).

Outra importante regra constitucional refere-se ao cumprimento da pena "em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (n. XLVIII).

Preocupou-se, também, o constituinte de 1988 em assegurar às presidiárias "condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (n. L).

Além desses dispositivos, outras normas constitucionais são aplicáveis ao processo de execução penal, como a regra do contraditório, o princípio da reserva legal, da ampla defesa e da individualização da pena (todos incluídos no art. 5º).

Ao estabelecer tais garantias ao preso, demonstrou o legislador constitucional que a execução das penas privativas de liberdade deve observar princípios humanitários que regem um Estado Democrático de Direito (art. 1º).

4. Natureza jurídica

É discutida, na doutrina, a natureza jurídica do processo de execução penal. A corrente tradicional costuma situá-lo no plano administrativo, como Bellavista, Ranieri, Santoro, Vannini e Adhemar Raymundo da Silva; outros apontam o caráter jurisdicional da execução, como De Marsico, Vassali, Aloisi e Xavier de Albuquerque. Sabatini, Conso e Scarano preferem notar a natureza processual da execução (uma solução de compromisso, conforme ampla pesquisa de Ada Pellegrini Grinover).¹²

A dificuldade está na amplitude de aspectos do processo de execução, como observa Giovanni Leone: "A função da execução penal tem raízes em três setores distintos: no que respeita à vinculação da sanção, a execução entra no Direito Penal Substantivo; no que respeita à vinculação como título executivo, entra no Direito Processual Penal; no que toca à atividade executiva verdadeira e própria, entra no Direito Administrativo, deixando sempre a salvo a possibilidade de episódicas fases jurisdicionais, como nas providências de vigilância e nos incidentes da execução".¹³

Ada Pellegrini Grinover considera inquestionável a tendência da moderna doutrina processual penal no sentido da jurisdicionalização do processo de execução, na Itália, no Brasil e em outros países. E conclui: "Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais".¹⁴

A jurisdicionalização do processo de execução penal, sustentada por juristas alemães, é notada, também, por Júlio Fabbrini Mirabete, ao observar que no art. 2º, *caput*, a Lei 7.210/84 refere-se à "jurisdição penal" e ao "processo de execução".¹⁵

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, com a autoridade de membro da comissão elaboradora do anteprojeto de Lei de Execução Penal, assinala que a execução das sanções penais "acha-se jurisdicionalizada, inobstante certa carga de administratividade, porém colaborativa".¹⁶

Pode-se acrescentar que a colaboração administrativa não retira o caráter

essencialmente judicial da execução penal. As decisões, no processo de execução, competem "ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença." (Lei 7.210, art. 65). São de competência judicial, entre outros, os seguintes atos decisórios: aplicação da lei mais favorável; declaração de extinção da punibilidade; soma ou unificação das penas; progressão ou regressão nos regimes; detração e remição da pena; suspensão condicional da pena; livramento condicional; incidentes da execução; autorizações de saídas temporárias, etc. (art. 66 da Lei 7.210).

Aos órgãos da Administração são reservadas funções de fiscalização, de direção interna dos estabelecimentos penitenciários, de vigilância dos presos, de contratação de pessoal especializado para o trabalho nas unidades prisionais, etc.

No processo penal de conhecimento a Administração também colabora com o Poder Judiciário, como na realização de perícias e no fornecimento de informações técnicas. Nem por isso foi sequer insinuado que o processo penal é judicial e administrativo.

Conclui-se, portanto, que o processo de execução penal tem natureza essencialmente jurisdicional, regendo-se pelo princípio publicístico, pelo cânone da legalidade e pelas regras decorrentes da oficialidade e da verdade material.¹⁷

A Exposição de Motivos da Lei 7.210/84, ao propor a autonomia do Direito de Execução Penal, consigna que "vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal" (item 10).

5. Pressupostos e princípios

Para Magalhães Noronha, os pressupostos da execução são três: sentença definitiva, título executivo e capacidade da pessoa que se submete à execução.¹⁸

Como o título executivo é necessariamente a sentença penal condenatória, podemos reduzir a dois os pressupostos da execução penal: título executivo e capacidade de sujeição. Nesse sentido, a lição de Hélio Tornaghi: "a) título executivo — só as decisões judiciais, especialmente a sentença, são exeqüíveis; b) capacidade de sujeição — não é capaz de sofrer a pena o imputável; não pode ser executado da multa o insolvente".¹⁹

Sérgio Pitombo também considera esses dois pressupostos: "a) existência de título executório válido, em que se consubstancia a sentença condenatória, ostentando-se na carta de guia ou no mandado executório (arts. 105, 147, 164 e 171 da Lei de Execução Penal); b) exigibilidade, isto é, possibilidade de concretizar-se a imposição da sanção ao condenado. Nas decisões impositivas de pena, depende da capacidade executivo-penal do condenado: a imputabilidade e a solvabilidade do condenado. Nas decisões que aplicam medidas de segurança, deriva da imputabilidade ou da semi-imputabilidade (art. 26 e parágrafo único do CP)".²⁰

O mesmo autor anota que pode não ocorrer a execução forçada, apesar de satisfeitos os dois pressupostos, nas seguintes hipóteses: 1) o condenado a sanção pecuniária paga espontaneamente a multa, sem que haja necessidade do processo executório específico (não é ato do Judiciário e sim do próprio condenado); 2) o condenado sofreu prisão processual por tempo igual ou superior à sanção aplicada na sentença (haverá apenas detração).

Poderíamos acrescentar, ainda, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, após o trânsito em julgado da

sentença condenatória e antes do início da execução (como a morte do agente, a anistia, a prescrição).

Os *princípios* que regem o processo de execução são basicamente os mesmos do processo de conhecimento. Contraditório, devido ao processo legal, ampla defesa, juiz natural, são garantias constitucionais plenamente aplicáveis ao processo executório.

Sérgio Pitombo lembra ainda que "a execução penal, processualmente enfocada, rege-se pelo princípio publicístico e se estrutura pelo cânone da legalidade e, ainda, se orienta pelas regras decorrentes da oficialidade, judiciedade e verdade material, bem como respectivos corolários".²¹ Indica também que a execução penal é necessária e obrigatória, indisponível e irretroatável, em face do princípio da inevitabilidade (art. 2º da Lei de Execução Penal).

No processo penal executório a atividade judicial é espontânea, independente de provocação (conforme o art. 195), embora permita a lei que o procedimento tenha início a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou ainda, da autoridade administrativa.

Tal característica, entretanto, jamais exclui o *contraditório real*, bem como o livre convencimento do juiz.

6. O procedimento judicial

O início do procedimento de execução se dá com portaria do juiz ou requerimento, por petição, do Ministério Público e demais pessoas referidas no art. 195. Quando não figurem como requerentes da medida o Ministério Público ou o condenado, devem eles ser ouvidos, em três dias. Em novo prazo serão produzidas as provas eventualmente requeridas. Se desnecessárias, o juiz decidirá de plano (art. 196).

Todas as decisões deverão ser motivadas, conforme princípio constitucional (art. 93, IX, da CF) aplicável à execução penal. O recurso é o agravo, sem efeito suspensivo (art. 197).

Cabíveis, ainda, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, em situações que ameacem ou impeçam o direito de locomoção, ou atinjam direito líquido e certo do interessado.

Pode ocorrer que, por homonímia ou uso de documento alheio de identidade pelo autor da infração penal, pessoa totalmente inocente figure como condenada em sentença a ser executada. Neste caso, para demonstrar que não é o agente do delito, se incabível o *habeas corpus*, poderá o condenado *refertar* a execução, alegando interesse executório deficiente.

Em relação ao recurso, informa Júlio Mirabete que “para a jurisprudência majoritária cabe o recurso de agravo em todas as decisões do juiz da execução no procedimento judicial, diante do disposto nos arts. 66 e 197 da LEP”.²²

Para Ada Pellegrini Grinover, “supunha o legislador que o novo CPP regularia seu procedimento. Tendo sido aprovada a LEP antes da lei processual penal que instituiria o agravo, o procedimento deverá seguir as regras dos arts. 522-529 do CPC. Nos casos de dano irreparável, que puder derivar da imediata execução do provimento jurisdicional agravado, poderá o sentenciado impetrar *habeas corpus* ou, qualquer das partes, mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso”.²³

7. Incidentes da execução

Quando se refere aos incidentes da execução, dois deles são imediatamente lembrados: a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional. Tal ocorre em virtude da previsão de ambos no Código de Processo Penal e da grande aplicação prática desses institutos na execução das penas privativas de liberdade.

Magalhães Noronha, citado em artigo de Rogério Lauria Tucci, assim sintetiza o *sursis*: “É medida jurisdicional que determina o sobrestamento da pena, preenchidos que sejam certos pressupostos legais e mediante determinadas condições impostas pelo juiz”.²⁴

Já o livramento condicional pode ser entendido como a medida que propicia a colocação do condenado em liberdade, sob condições, após o cumprimento de parte da pena privativa de liberdade. É uma espécie de antecipação da liberdade do preso. Sobre esse instituto, diz Rogério Lauria Tucci em outro trabalho publicado na RT, que o livramento condicional é, declarada e realisticamente, a última etapa da *progressão* no cumprimento da pena privativa de liberdade e, como os outros, *direito subjetivo do condenado*.²⁵

Tais institutos estão hoje regulados na Lei de Execução Penal, nos arts. 156-163 (suspensão condicional da pena) e 131-146 (livramento condicional).

Para Ada Pellegrini Grinover, são incidentes jurisdicionais não apenas os dois “clássicos” e aqueles que a lei assim rotula (as conversões, o excesso ou desvio de execução, a anistia e o indulto), “mas todos os episódios judiciais em que o juiz é chamado a julgar, podendo até alterar a modalidade do título executivo. E, por vezes, em meio a um incidente da execução, novo episódio surge a incidir sobre o primeiro: como, por ex., no livramento condicional, a sua revogação”.²⁶

8. Autonomia do processo de execução

Com a vigência da Lei 7.210/84, ficou evidente a autonomia do processo de execução penal. Não se pode falar em autonomia absoluta, pois inexistente execução de pena sem processo de conhecimento condenatório. Uma vez configurado o título executório, entretanto, o processo de execução passa a existir de forma autônoma.

Possível, então, caracterizar o processo de execução penal como de autonomia relativa, vinculando-se à sentença condenatória (que se transforma em título executório) apenas no seu início.

Sérgio Pitombo, no artigo já referido, conclui que “a execução ostenta um outro processo autônomo. Mostra novo juízo penal (art. 194 da LEP). É bom recordar que o *processo penal de conhecimento* volta-se para o passado, que tende a reconstruir. O *processo penal de execução* mira o futuro e visa a prevenir infrações penais, de modo prevalente, sem esquecer o castigo medido”.²⁷

Seguiu a Lei de Execução Penal, nesse ponto, a orientação do Código de Processo Civil de 1973, que “rompeu com a tradição nacional e situou o processo de execução, inclusive de título judicial, como autônomo ante o processo de conhecimento. Dirimiu a dúvida doutrinária que ainda imperava no diploma de 1939, em face do seu art. 196: a) fase do processo de conhecimento; b) ou novo processo independente”.²⁸

Registra Alcides de Mendonça Lima que antigos juristas lusitanos, de tanta influência em nossa formação processual, já afirmavam que “a execução é uma nova instância”, como Pereira e Sousa, ou “a execução é um juízo novo, e para o seu ingresso, e progresso, é necessária nova citação do executado”, nas palavras de Almeida e Sousa.²⁹

É certo que a Lei de Execução Penal não exige nova citação no início do processo executório, a não ser no caso de imposição, na sentença condenatória, de sanção pecuniária. Mas efetua-se intimação da sentença condenatória, expede-se mandado de prisão, guia de recolhimento — atos que suprem a necessidade da citação do condenado.

Conclui-se, assim, pela autonomia do processo de execução, ainda que relativa, por vincular-se ao processo de conhecimento no nascedouro.

BIBLIOGRAFIA

BORGES DA ROSA, Inocêncio, *Processo Penal Brasileiro*, Globo, 1942

DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 1973

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, Saraiva, 1963

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, “Execução Penal” (artigo na RT 623/257).

MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1970

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução Penal*, Atlas, 1987

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Execução Penal*, Max Limonad, 1987

LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1961

NORONHA, Edgard Magalhães, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 1980.

TORNAGHI, Hélio Bastos, *Curso de Processo Penal*, Saraiva, 1987

TUCCI, Rogério Lauria, “Suspensão Condicional da Pena” (artigo publicado na RT 541/309); “Progressão na execução das penas privativas de liberdade” (artigo na RT 630/269).

LIMA, Alcides de Mendonça, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v./VI, 1979.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira, *Prisão albergue*, Jalovi, 1979

NOTAS

1. Borges da Rosa, *Processo Penal Brasileiro*, Globo, 1942, vol. IV, p. 304.

2. *Vocabulário Jurídico*, Forense, 1973, II/653.

3. Enrico Tullio Liebman — *Processo de Execução*, Saraiva, 1963, p. 2

4. Idem.
5. Artigo: "Execução Penal", na *RT* 623/257.
6. Idem.
7. *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, III/47-48.
8. Idem nota 5.
9. Sobre a pena de multa, ver também o Reg. 595, de 18.3.1849.
10. Cf. Júlio Fabbrini Mirabete, *Execução Penal*, Atlas, 1987, p. 37.
11. Dados colhidos da Exposição de Motivos da Lei 7.210, assinada pelo Min. Ibrahim Abi-Ackel.
12. *Execução Penal*, Max Limonad, 1987, p. 6.
13. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 472.
14. Ob. cit., p. 7.
15. Ob. cit. pp. 44-45.
16. Art. cit. no item 5, p. 259.
17. Idem.
18. *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 1980, p. 421.
19. *Curso de Processo Penal*, Saraiva, 1987, 2/418.
20. Art. cit. no item 5, p. 259.
21. Idem.
22. Ob. cit. p. 466.
23. Ob. cit., p. 18.
24. Artigo: "Suspensão Condicional da Pena", na *RT* 541/309.
25. Artigo: "Progressão na execução das penas privativas de liberdade", na *RT* 630/269.
26. Ob. cit., p. 11. Os incidentes de execução estão regrados no Título VII da Lei de Execução Penal (arts. 180/193).
27. Art. cit. no item 5, p. 260.
28. Cf. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, VI/11, t. I.
29. Idem.

PARECERES

O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

Professor de Direito Processual Penal

1. A hipótese em exame. 2. Convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal. 3. O despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz.

1. Francisco Nascimento de Lima foi condenado como incurso no art. 121, § 3º, c/c art. 70 do CP, em razão de ocorrência que a consulta — a mim encaminhada pelos seus e. advogados, Dr. José Henrique Pierangelli e Dr. José Mauro da Silveira, com cópia reprográfica da denúncia, do aditamento, da sentença e do acórdão — narra, indagando:

I— A convergência de condutas culposas reclama a indivisibilidade da ação penal?

II— Com o recebimento do aditamento reclamado pela indivisibilidade da ação penal formaliza-se a continência, que obriga ao processo e ao julgamento simultâneos (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser rompida nas hipóteses previstas na lei processual penal (art. 79, incisos e §§, e art. 80). Qual o objetivo dessa regra?

III— Pode o Juiz, na sentença, cassar o despacho em que foi recebido o aditamento à denúncia?

IV— Ao romper-se, indevidamente, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do *due process of law* e causou-se prejuízo à defesa do réu condenado?

V— Em caso positivo, ocorreu nulidade insanável, pronunciável *ex officio* pelo Tribunal, ou dependia sua apreciação de provocação do órgão do Ministério Público, que não recorreu da decisão que anulou o aditamento?

2. Passo a emitir meu parecer.

1. A hipótese em exame

3. Francisco Nascimento de Lima foi denunciado, em 28.4.75, perante o R. Juízo da Comarca de Pereira Barreto, como incurso no art. 121, § 4º, e no art. 129, § 7º, c/c art. 51, § 1º, todos do CP, porque teria agido com imprudência e negligência, ao trafegar pela rodovia asfaltada que liga Jupiá a Ilha Solteira, no sentido Jupiá-Ilha Solteira, dirigindo um trator, com uma carreta carregada de milho, que teve a traseira colhida por um ônibus da Empresa Reunidas, dirigido por Marcus Antonio de Oliveira, que rodava no mesmo sentido de direção, tendo resultado lesões em 78 passageiros, muitos dos quais vieram a falecer. A denúncia foi recebida (doc. 1).

Encerrada a instrução, em 22.9.76, o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia, para nela incluir Marcus Antonio de Oliveira, motorista do coletivo, que teria concorrido culposamente para o evento (doc. 2).

O MM. Juiz da comarca, em 28.9.76, recebeu o aditamento, nos seguintes termos (doc. 3): "Em razão da notória sensibilidade jurídica que aflora à pele do nobre *parquet* desta Comarca, já era de se esperar o aditamento à denúncia, apresentado a fls. 244-245. Recebo, porque tempestivo, o aditamento acima referido. Cite-se o co-réu Marcus Antonio de Oliveira, ficando designado seu interrogatório para o dia 02 de dezembro de 1976, às 15h30. Notifique-se o Ministério Público. Oficie-se à Empresa Reunidas para informar qual o número de poltronas de passageiros existente no ônibus envolvido no acidente. Requistem-se F.A. e certidão do distribuidor criminal da Comarca, a respeito do co-réu ora denunciado. Int. Sérgio Teixeira de Andrade — Juiz de Direito".

Encerrada a produção da prova postulada em função do aditamento à denúncia e ofertadas as alegações finais, o MM. Juiz condenou Francisco Nascimento de Lima a 1 ano e 9 meses de detenção, com *sursis* pelo prazo de 3 anos, como incurso nos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, em concurso formal (doc. 4). E em relação ao co-réu Marcus Antonio de Oliveira, anulou o aditamento, com a seguinte fundamentação: "Ainda em preliminar, tumultuário e ilegal o oferecimento do aditamento à denúncia de fls. 252, por infringir o disposto no art. 569 do CPP. Uma vez encerrada a instrução, conforme termo de audiência a fls. 243, o aditamento de fls. 252, correspondeu ao enxerto de uma outra ação penal, e não simples correção de omissões da denúncia, como permitido no dispositivo adjetivo penal acima referido. Por isso que, por idênticas razões, nem mesmo deveria ter sido recebido a fls. 252.

De tal sorte que o Ministério Público, percebendo o erro havido, a fls. 323, protestou pelo desmembramento do processo, providência que também não se defere, pois o correto é o oferecimen-

to de denúncia. Ainda em preliminar, acolhe-se a arguição de nulidade, sensata e corretamente observada pelo representante do Ministério Público, a fls. 323, no que foi o mesmo acompanhado pelo defensor do réu Marcus Antonio de Oliveira, porque, *ad argumentandum*, ainda que certo estivesse o oferecimento do aditamento à denúncia, não houve renovação da prova de acusação, ficando, assim, inobservado o princípio do contraditório" (doc. 4).

A C. 4ª Câmara do E. TACrimSP deu provimento parcial ao recurso de Francisco Nascimento de Lima, julgando extinta a punibilidade relativamente aos delitos de lesões corporais, pela ocorrência da prescrição retroativa, mas mantida a pena imposta, repelida as preliminares de nulidade, entre elas a decorrente da anulação do aditamento à denúncia (doc. 5).

4. Esta a síntese dos fatos, que reclamam reflexões sobre: a) a convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal; b) a possibilidade de reconsideração, pelo Juiz de primeiro grau, do despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento pessoal.

2. Convergência de condutas culposas e o princípio da indivisibilidade da ação penal

5. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 deixou bem claro que "fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois neste tanto é possível a cooperação material, quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação" (Exposição de Motivos, n. 23).

Não se deve, porém, confundir a co-delinqüência em delitos culposos com a pluralidade de delitos dessa natureza,

em razão da convergência ou concorrência de culpas.

Leciona Júlio F. Mirabete: "Há concorrência de culpas quando dois ou mais agentes (excetuada a co-autoria, em que deve haver um liame psicológico entre eles) causam resultado lesivo por imprudência, negligência ou imperícia. Todos respondem pelos eventos lesivos. Numa tríplice colisão, em que ocorram lesões corporais ou morte, por exemplo, os motoristas que agiram culposamente (velocidade incompatível com o local, imperícia na manobra, reflexos lentos em decorrência de sono ou fadiga etc) serão responsabilizados pelo resultado" (*Manual de Direito Penal*, Parte Geral, v. 1, p. 151, Atlas, 1989).

6. Dessa forma, um acidente de trânsito com vítimas pode ser atribuído a várias pessoas, desde que resulte de conduta culposa de todas elas. Na expressiva observação de Goyet, "la faute de l'une ne peut pas justifier celle de l'autre" (*Précis de Droit Pénal Spécial*, 1945, p. 358).

7. Como pode haver co-autoria em crime culposos, basta que a participação culposa de alguém tenha sido a causa do evento, concorrentemente com a atuação também culposa de outra pessoa, para que ambos sejam considerados responsáveis pelo evento lesivo.

O motorista do veículo figura, desde logo, como responsável pelo evento, se agiu com culpa em sentido estrito. Pode, no entanto, ser causador do desastre também o motorista do outro veículo. Como observam José Belmonte Díaz e Luis Belmonte Díaz, "Es autor del delito de imprudencia quien toma parte directa en la ejecución de los hechos constitutivos de la culpa que ocasionó el mal producido. Alcanza, pues, a cuantos por su negligencia o descuido son causa de que se realice un mal, que no se hubiera ocasionado de hacerse procedido con la necesaria previsión o cuidado" (*Defensa y Responsabilidad en el Accidente de Automovil*, 1955, p. 123).

8. Na continência, como o próprio nome está a indicar, uma causa está contida na outra, não sendo possível a cisão.

Como a continência se verifica na hipótese de concurso de pessoas (co-autoria e participação) — e aí a *causa petendi* é a mesma — e nos casos em que se aplique a regra contida na primeira parte do art. 70 do CP — art. 73, segunda parte, e art. 74 do CP —, conclui-se que, como o fato é o mesmo (no caso de co-autoria e participação) ou a conduta é uma só (é a hipótese do concurso formal), pode-se afirmar que a continência está em função da identidade da *causa petendi* ou da unidade da conduta.

Por tais razões, não se concebe pluralidade de processos, quando a causa de pedir é a mesma. Tampouco, quando houver unidade de conduta, inobstante daí decorram duas ou mais infrações. Por que apreciar a mesma conduta em diversos processos? Por que apreciar o mesmo fato, a mesma causa de pedir em processos distintos? Não seria atentar contra o princípio da economia processual? Não haveria a possibilidade de provas conflitantes?

Dessa forma, havendo continência, haverá, também, o *simultaneus processus* (cf. CPP, art. 77, II, c/c art. 79), que objetiva assegurar aos acusados a busca da verdade real, a plenitude da defesa e evitar decisões conflitantes e iníquas.

Consagra-se, aí, de maneira indireta, o princípio da indivisibilidade da ação penal.

9. Na convergência de culpas, que não se confunde com a co-delinquência em delitos culposos, também não é possível a cisão. Por que apreciar as condutas concorrentes em processos distintos? Não seria atentar contra o princípio da economia processual? Não haveria possibilidade de provas conflitantes?

A junção dos processos, nesses casos, também é imperiosa porque imposta pela natureza das coisas. A separação,

tal como na continência (a indivisibilidade e a continência são fenômenos processuais semelhantes, cf. J. Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, I/280, Forense, 1961), só é possível nos casos apontados pela lei processual (CPP, art. 79, incisos e §§, e art. 80).

10. O princípio da indivisibilidade é um dos princípios básicos do processo penal. Tão essencial que o Código de Processo Penal, no art. 48, impõe ao Ministério Público a obrigação de velar, nos processos iniciados mediante queixa, pela sua indivisibilidade.

Todavia, em inúmeros acórdãos do Excelso Pretório encontra-se a afirmativa de que “o princípio da indivisibilidade da ação penal não se aplica à ação penal pública” (RHC 61.928, *DJU* 1.2.85, p. 469).

Entretanto, não é correta a assertiva de que a ação penal pública seja divisível, diferentemente da ação privada.

Se ao Ministério Público cumpre vigiar pela observância do princípio da indivisibilidade nos processos iniciados por queixa, a toda evidência, não poderá transgredir essa norma nas ações penais por ele próprio promovidas.

A propósito, leciona Afrânio Silva Jardim: “Na verdade, somos que a ação pública é tão indivisível quanto a ação privada, apenas a forma de explicitar o princípio e fiscalizá-lo tem uma sistemática diferente no Código do Processo Penal.

“Tendo-se em vista o princípio da oportunidade da ação penal privada, tornou-se imperativo ao legislador regular a matéria de forma expressa no art. 48 do CPP, impedindo que o querelante utilize-se do direito de ação de forma discriminatória, em contraste com os fins colimados pela lei ao outorgar-lhe tal legitimação extraordinária.

“Assim, em sendo facultativa a ação privada, correto andou o legislador ao tornar claro e límpido o princípio da indivisibilidade, criando mecanismos para o seu controle (arts. 45 e 48 do CPP).

“Entretanto, a ausência de dispositivo idêntico em relação à ação pública não pode levar jamais à conclusão de que ela seja divisível, mormente em face da combinação dos arts. 77, inc. II, e 79 do CPP. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que também a ação penal pública é indivisível.

“Neste particular, o sistema do código se apresenta bastante lógico. Na realidade, vigorando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, desnecessário seria dizer que ela deve ser proposta em face de todos os autores e partícipes da infração penal. Em outras palavras, o princípio da indivisibilidade está abrangido ou compreendido no princípio da obrigatoriedade. A indivisibilidade, destarte, é um consectário lógico da obrigatoriedade de agir. É intuitivo” (“A ação Penal Pública e o Princípio da Indivisibilidade”, in *Direito Processual Penal* — Estudos e Pareceres, p. 417, Forense, 1990).

Também nesse sentido o entendimento de Hélio Tornaghi:

“Indivisibilidade. O direito de ação é direito de pedir ao Estado que faça justiça, não que seja instrumento de vindita. Entendeu a lei que pedir punição de uns e não de outros ofensores não seria solicitar justiça, sim exercer vingança. Estabeleceu, então, a regra da indivisibilidade da ação privada (CPP, arts. 48 e 49). Quanto à pública, não havia necessidade de preceito expresso, já que o Ministério Público não pode renunciar ao exercício da ação” (*Instituições de Processo Penal*, v. 2º, p. 357, Saraiva, 1977 — grifos da transcrição).

No mesmo sentido, igualmente, a lição de Eduardo Espínola Filho: “A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair de nenhum; tanto preocupa evitar a divisibilidade do processo e a abstenção de procedimento contra um dos responsáveis, que, nos termos do art. 48 do CPP, a queixa, dada contra

um deles só, alcançará todos os outros, impondo-se ao órgão do Ministério Público, como precípua dever, velar para que não seja, na prática, iludida a observância fundamental da indivisibilidade da ação penal" (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1/421, n. 106, Borsoi, 1965).

Assim também já nos manifestamos: "A ação penal, seja pública ou privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração. Quanto à ação privada, há, a respeito, texto expresso (CPP, art. 48). E isto por uma razão muito simples: se a proposição da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher contra quem deva ela ser proposta. Ela deve ser proposta contra todos aqueles que cometeram a infração (*nec delicta maneant impunita*). Se Tício e Caio mataram Mévio, é evidente que a ação penal deve ser promovida contra ambos. Aliás, analisando-se o art. 77, II, combinado com o art. 79 do CPP, infere-se que a ação penal é indivisível. Em se tratando de ação privada, porque regida pelo princípio da oportunidade, poder-se-ia pensar que a vítima teria o direito de promover a ação penal contra quem quisesse, isto é, poderia escolher dentre os culpados o que deveria ser processado. Daí a regra do art. 48 do estatuto processual penal: "A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade". Na verdade, o Estado concedeu-lhe o direito de acusar e não o direito de vingança..." (cf. nosso *Processo Penal*, 1/291-292, Saraiva, 1992).

11. A violação desse princípio é causa de nulidade: "A denúncia ou a queixa tem de abranger todos os participantes do crime, não podendo abstrair nenhum. A divisibilidade da ação penal acarreta, irremediavelmente, a nulidade do processo, por se tratar de falta insanável" (RT 293/593). "Não tendo a

denúncia abrangido todos os implicados no crime, anula-se o processo *ab initio*, para os efeitos legais" (RT, 370/286).

Tanto mais quando, como no caso em exame, priva o Julgador de examinar a possibilidade de culpa exclusiva ou, pelo menos, de culpa convergente de outra pessoa.

3. O despacho de recebimento da denúncia ou do aditamento não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz

12. O controle sobre a denúncia — e, à evidência, também sobre o aditamento — é previsto no art. 43 do CPP.

Observa J. Frederico Marques que "esse juízo decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação" (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 161, Forense, 1961).

As conseqüências jurídicas derivadas do oferecimento da denúncia ou do aditamento pessoal poderiam ser circunscritas às seguintes: a) obriga o Juiz a uma decisão preliminar sobre a existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade; b) investe o Ministério Público de uma expectativa de direito de ver seu pedido apreciado pela Segunda Instância, em caso de rejeição (CPP, art. 581, I); c) defere à Instância Superior o conhecimento da existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade, em sede de recurso ou de *habeas corpus*.

13. Antes de receber a denúncia ou o aditamento, cabe ao Juiz decidir sobre a existência, ou não, das condições de procedibilidade ou de punibilidade. Com a decisão de modo afirmativo, somente à Superior Instância é que se defere o reexame daquelas mesmas condições.

Tanto isso é exato que somente é recorrível o despacho que não recebe a denúncia ou o aditamento.

O recurso em sentido estrito, a que se refere o art. 581, I, do CPP, só é cabível contra decisão que não recebe denúncia ou queixa.

Como adverte J. Frederico Marques: "recebida a denúncia ou queixa, inadmissível será o recurso, pois que este, no caso, é *secundum eventum litis*: ao acusado, para revogação do despacho de recebimento, só resta o *remedium juris* do *habeas corpus*" (*Elementos de Direito Processual Penal*, IV/283, Forense, 1965).

14. A reconsideração de decisão que recebe a denúncia ou o aditamento importa tumulto processual e concessão de um recurso, não previsto na lei, contra a decisão de recebimento.

A propósito do tema, vale transcrever tópico do magnífico voto do e. Min. Rodrigues de Alckmin, proferido no RHC 51.423:

"O despacho de recebimento da denúncia traduz juízo sobre a admissibilidade da acusação. E, como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, tendo-se em vista a finalidade a que se destina, daí se segue que, salvo nos casos em que a lei o permite, não pode o juiz, sem tumulto no procedimento, reformar decisões proferidas, retrocedendo na marcha processual. Foi o que observou um antigo julgado, a respeito deste mesmo tema, ponderando (RT 230/146): "É fora de dúvida que o Dr. Juiz de Direito não podia rejeitar uma denúncia que já estava recebida. Isso importa tumultuar o processo e conceder um recurso não previsto na lei ao despacho de recebimento". E é por isso que não se considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. O impedimento à reforma, pelo seu

prolator, do despacho que recebeu a denúncia decorre, assim, da exaustão de seu poder decisório, e não há mister de texto de lei que expressamente o afirme" (RTJ, 69/367).

Nesse sentido, têm decidido os nossos Tribunais:

"Denúncia — Recebimento — Reconsideração posterior pelo juiz, ordenando o arquivamento do feito — Inadmissibilidade — Despacho contra o qual não se proporciona recurso — Impedimento à reforma que decorre da exaustão de seu poder decisório — Preliminar de nulidade acolhida. Não se considera legítimo possa o juiz (a quem, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*) reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. O impedimento à reforma, pelo seu prolator, do despacho de recebimento decorre da exaustão de seu poder decisório, e não se faz mister texto de lei que expressamente o afirme" (TJSP, 6ª CCrim — RT 639/281).

"Processo-Crime — Denúncia oferecida em forma legal e recebida pelo Juiz — Despacho posterior mandando arquivar o processo sob o fundamento de que não há um crime a punir e sim um fato a lamentar — Ilegalidade dessa determinação — Necessidade da formação da culpa. O Juiz não tem o arbítrio de suprimir termos e atos do processo. Recebida a denúncia, não pode ele, sob o fundamento de que não há um crime a punir, e sim um fato a lamentar, determinar o arquivamento do processo" (RT, 141/50).

"Ação Penal — Denúncia — Reconsideração do despacho que a recebera — Inadmissibilidade — Decisão anulada — Prosseguimento do feito ordenado. O despacho de recebimento da denúncia não pode ser reconsiderado ou reformado pelo Juiz" (RT, 336/83).

“Ação Penal — Denúncia — Reforma, pelo magistrado, da decisão que a recebera — Inadmissibilidade — Reapreciação vedada pelo caráter de interlocutória mista daquela decisão — Anulação do despacho em questão. Somente do despacho que não recebe a denúncia é cabível recurso. Quanto ao que recebe, se à Segunda Instância não é dado reapreciá-lo, com maior razão essa retratação é negada ao juiz de Primeira Instância” (RT, 309/106).

“Ação Penal — Denúncia — Rejeição — Ato levado a efeito após o interrogatório do réu, portanto, quando já recebida aquela peça — Inadmissibilidade — Recomendação a respeito. A denúncia já recebida não pode mais ser rejeitada. A Segunda Instância, somente, caberá corrigir o erro cometido com o seu recebimento” (RT, 260/145).

“Ação Penal — Denúncia — Despacho que a recebera tornado sem efeito — Inadmissibilidade — Decisão reformada — Recurso provido para esse fim — Inteligência e aplicação do art. 43 do CPP. Recebida a denúncia, fica instaurada a ação penal, que não mais pode ser trancada pelo Juízo de primeira instância” (RT, 290/125).

“Processo crime — Denúncia — Recebimento, pelo Juiz do Cível, da oferecida em crime falimentar — Reconsideração, entretanto, do despacho pelo Juiz Criminal, a fim de rejeitá-la — Inadmissibilidade. Não pode o Juiz Criminal rejeitar denúncia recebida pelo Juiz da falência, pois isso importa em concessão de *habeas corpus* contra ato de Juiz do mesmo grau, o que é inadmissível” (RT, 343/110).

15. Feitas essas considerações, passo a responder às indagações formuladas:

I— A convergência de condutas culposas reclama a indivisibilidade da ação penal?

Resposta: Sim. Como já demonstrado, a indivisibilidade da ação penal, quando houver convergência de condutas culposas, é imperiosa.

II— Com o recebimento do aditamento reclamado pela indivisibilidade da ação penal formaliza-se a continência (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser rompida nas hipóteses previstas na lei processual (art. 79, incisos e §§, e art. 80). Qual o objetivo dessa regra?

Resposta: Efetivamente, com o recebimento do aditamento pessoal, reclamado pela indivisibilidade da ação penal, formaliza-se a continência (CPP, art. 79, *caput*), que só poderá ser cindida nas hipóteses previstas nos arts. 79 e 80 do CPP. E essa regra objetiva assegurar aos acusados a busca da verdade real e a plenitude da defesa e, ao mesmo tempo, evitar decisões conflitantes e iníquas.

III— Pode o Juiz, na sentença, cassar o despacho em que foi recebido o aditamento à denúncia?

Resposta: É fora de dúvida o MM. Juiz sentenciante não pode cassar um aditamento à denúncia, que já estava recebido. Isso importa tumulto processual e concessão de um recurso, não previsto na lei, contra a decisão de recebimento.

Ao receber o aditamento, presume-se que o MM. Juiz verificou se ele continha os requisitos legais. Observe-se que, no caso em exame, ao receber o aditamento pessoal, assim se manifestou o digno Magistrado (doc. 3): “Em razão da notória sensibilidade jurídica que aflora à pele do nobre *parquet* desta Comarca, já era de se esperar o aditamento à denúncia, apresentado a fls. 244-245.

Recebo, porque tempestivo, o aditamento acima referido”.

Recebido o aditamento pessoal, fica instaurada a ação penal contra o co-réu, que não mais pode ser trancada pelo Juízo de primeira instância.

Como já se demonstrou, a decisão que anula o despacho de recebimento importa verdadeira concessão de *habeas corpus* contra ato emanado do próprio Juízo, o que é inadmissível.

IV— Ao romper-se, indevidamente, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do *due process of law* e causou-se efetivo prejuízo à defesa do réu condenado?

Resposta: É princípio universal, inscrito na legislação dos povos cultos, o de que ninguém poderá ser privado de sua vida ou liberdade senão em virtude do devido processo legal.

O Direito Constitucional pátrio absorveu essa experiência jurídica e incorporou a cláusula do devido processo legal, em regra explícita: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, LIV). Essa formal declaração reflete a consciente opção do legislador constituinte por um regime de liberdades públicas.

A cláusula constitucional do *due process of law* não deve ser vista e nem interpretada como simples proclamação retórica da Constituição e das leis. Ela, na realidade, contém a fórmula de neutralização do arbítrio estatal e representa, na significativa concreção do seu alcance, a salvaguarda da vida, da liberdade e da propriedade.

Por isso mesmo, a referência ao *due process of law* implica, como necessária consequência dessa garantia, o reconhecimento da subordinação do Estado às exigências do contraditório, da plenitude do direito de defesa, da igualdade processual, da publicidade e da bilateralidade dos atos procedimentais, da motivação dos pronunciamentos judiciais e do próprio acesso à tutela jurisdicional do Estado.

O processo penal existe como garantia da pessoa, em face da atividade persecutória do Estado. Os desníveis entre o Estado-Administração, titular da pretensão punitiva, e o acusado, contra quem se deduz uma imputação penal, são evidentes e desfavorecedores do próprio direito de liberdade do réu.

É por isso que a Constituição e as leis buscam equilibrar as posições jurídicas dos litigantes penais, impondo à autoridade estatal diversas restrições ao seu poder de punir.

A própria exigência legal de um processo já constitui uma expressiva garantia do acusado em face do Estado.

Dai a sujeição do processo penal a rígidos paradigmas dogmáticos e a uma estrita observância dos princípios positivados na Constituição e nas leis.

Efeito precípua da continência é o *simultaneus processus*: "A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo...".

Tal regra, entretanto, admite exceções, e estas estão previstas, como se disse, nos incs. I e II e §§ 1º e 2º do art. 79, bem como no art. 80, todos do CPP.

Com a cassação da decisão em que foi recebido o aditamento à denúncia, determinou-se, indevidamente (fora das hipóteses legais), a separação dos processos. Com isso, ofendeu-se a regularidade do processo, que a continência visava a assegurar.

E, a toda evidência, ao romper-se, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, feriu-se o princípio do devido processo legal.

Sabe-se que o Direito Processual Penal é complemento natural do Direito Penal e do Direito Processual Constitucional. O primeiro não edita fórmulas vazias, mas sim preceitos que, embora naturalmente adstritos à ordem formal do procedimento, constituem a garantia do indivíduo que se vê penalmente acionado. Por isso, não deve o Julgador hesitar na aplicação inflexível do formulário garantidor da liberdade individual e, sobretudo, não permitir que, nessa aplicação, interfira sem propriedade a parêmia de que não há nulidade sem prejuízo.

Verdade é que há Julgadores, que, impressionados com o que batizam de "desprestígio da Justiça", procuram apro-

veitar tudo o que se faz ilegalmente, para que não fique “desmoralizada” a Justiça com a eventual não punição dos acusados em virtude de incômodas decretações de nulidade, que podem ocasionar o esmaecimento da prova e, quiçá, a prescrição da pretensão punitiva.

Manifesto, porém, o equívoco desse entendimento. Se o ignorante do Direito se scandaliza com a aplicação deste, não é isso razão bastante para se deixar o Julgador coagir por essa concepção boçal da Justiça e se recuse à efetiva aplicação dos diplomas legais e se omita no reconhecimento de nulidades, que, imperceptíveis aos leigos em Direito, se ostentam gritantemente à face dos que deste entendem e aos quais toca o dever legal de dizê-lo.

Claro que não há aqui falar que o réu condenado “não teve prejuízo”.

Na verdade, ao romper-se, sem motivo relevante, a continência e a regra do *unus et simultaneus processus*, causou-se efetivo prejuízo à defesa do réu condenado, na medida em que impediu a repartição da responsabilidade, na medida em que afastou a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade concorrente.

Convém observar, ainda, que, ferido, frontalmente, o princípio constitucional do *due process of law*, não há cogitar de sanabilidade do vício substancial. Admiti-lo importaria reconhecer que a lei processual, ao formalizar as garantias constitucionais, poderia ir até ao absurdo de as negar.

A inobservância de uma formalidade processual destinada a assegurar o respeito a um princípio constitucional atinente ao *status libertatis* jamais se poderá considerar sanável. A nulidade será, sempre, absoluta, irremediável. Em face dos princípios ou garantias constitucionais relativos às liberdades individuais, constantes da Magna Carta de 1988, o disposto no art. 572, I, do CPP se encontra derogado.

V— Em caso positivo, ocorreu nulidade insanável, pronunciável *ex officio* pelo Tribunal, ou dependia sua apreciação de provocação do órgão do Ministério Público, que não recorreu da decisão que anulou o aditamento?

Resposta: Ao proferir a sentença definitiva, o MM. Juiz de Direito condenou um acusado e, quanto ao outro, cassou a decisão em que fora recebido o aditamento à denúncia.

Cuida-se, é lícito afirmar-se, de continência de causa, em que o *unus et simultaneus processus* é obrigatório, tal a íntima ligação entre os fatos e a autoria, ainda que esta se constitua de mais de uma pessoa.

Os motivos que permitem a separação não se verificam nesta hipótese.

Separar-se o processo porque teria havido ofensa ao art. 569 do CPP e porque não houve renovação da prova de acusação não é justificativa juridicamente aceitável. Ou bem a instrução estava em ponto de ser encerrada ou não estava. Se não estava, cabia prosseguir de acordo com as normas processuais. Se estava, impunha-se, como remate, a decisão final. O que não se admitia era a condenação de um acusado e, em relação ao co-réu, a anulação do aditamento à denúncia, que já havia sido recebido.

A omissão da sentença em resolver o mérito de uma das partes da acusação configurou vício grave, por inobservância de formalidade que constitui elemento essencial do ato, infringindo, assim, o disposto nos arts. 381, III, e 564, IV, do CPP.

Por outro lado, como já se afirmou, a decisão de anulação do despacho de recebimento do aditamento importou verdadeira concessão de *habeas corpus* contra ato emanado do próprio Juízo, implicando verdadeiro encimado desconchavo.

E essa decisão é nula. É nulidade absoluta: existindo, no particular, falta de jurisdição, não se aplica a regra do art. 567 do CPP, porquanto são

insanáveis não só os atos decisórios, como os probatórios e ordinatórios... (cf. J. Frederico Marques, *Da Competência em Matéria Penal*, p. 308).

Na verdade, a competência para tornar sem efeito o despacho que recebeu o aditamento era e é, exclusivamente, da Instância Superior. Trata-se, pois, de competência funcional por graus de jurisdição. E, nesses casos, a incompetência é absoluta (cf. Frederico Marques, *ibidem*, p. 307). Na hipótese faltou jurisdição. Onde não há jurisdição, diz Hélie, não pode haver julgamento, e o ato, quaisquer que sejam os seus característicos e finalidade, é considerado inexistente (*apud* Frederico Marques, *ob. cit.*, p. 307).

A nulidade, insanável, é pronunciável pelo Tribunal, *ex officio*.

Irrelevante não tenha o órgão do Ministério Público recorrido da decisão que anulou o aditamento. Se a ação penal pública, uma vez proposta, torna-se indisponível, a teor do art. 42 do CPP, evidente que apresentado aditamento, o titular da ação penal não podia dele desistir, quer expressamente, quer deixando de interpor o recurso exigido. De nenhum efeito, pois, a desistência manifestada pela inércia, que, tão-só, acarreta a responsabilidade funcional do órgão do Ministério Público.

Sic mihi videtur, sub censura.

São Paulo, 3 de dezembro de 1992.

PARECERES

SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná;
Professor Regente, em nível de pós-graduação, de Direito Processual Penal,
da Universidade Federal do Paraná.

1. O devido processo legal. 2. Abuso de poder. 3. Antecedentes do despacho abusivo. 4. Fundamento legal da suspeição. 5. Tempestividade da arguição. 6. Respostas.

Consulta

1. Os jornalistas Otavio Frias Filho, Nelson Blecher, Josias de Souza e Gustavo Krieger foram denunciados pelo Ministério Público Federal junto à 4ª Vara Criminal de São Paulo, no pressuposto de que teriam cometido crime contra a honra do Presidente da República através de reportagens publicadas entre os dias 27.7 e 2.8.90, no jornal *Folha de São Paulo*.

2. O apontado *corpus delicti* estaria caracterizado pelas notícias e comentários a respeito da contratação, pelo Governo Federal, de empresas de publicidade sem licitação beneficiando, principalmente, duas agências que produziram os programas eleitorais para o rádio e a televisão, do então candidato Fernando Collor de Mello.

Além da violação da exigência constitucional da livre concorrência, como princípio geral da atividade econômica (art. 170, IV) e da moralidade da Administração Pública (art. 37), teria também ocorrido ofensa às normas da legislação ordinária, como o Dec. lei 2.300, de 21.11.86 e o Dec. 99.296, de 12.6.90. Este baixado pelo próprio Presidente da República a quem as repor-

tagens atribuíram responsabilidade pelas contratações irregulares.

3. No entendimento de que se configurara abuso no exercício da liberdade de informação, o Ministro da Justiça Bernardo Cabral requisitou instauração de ação penal através do Aviso 568/90.

4. O agente do Ministério Público atribuiu aos denunciados o cometimento do ilícito previsto pelo art. 20 da Lei 5.250, de 9.2.67, c/c os arts. 14 e 29 do CP. No contexto da imputação e após pedir o recebimento da denúncia e seu processamento regular, o Procurador requereu a citação dos acusados para a apresentação de defesa prévia, desde logo, porém, "cientificando-os" de que não poderiam arguir a exceção da verdade do fato imputado, em face da proibição legal.

No final, pleiteou a condenação dos acusados bem como a publicação da sentença, por sete dias, com o mesmo destaque dados às notícias.

5. A denúncia foi recebida através do despacho que se desenvolve ao longo de 9 pp.

No entendimento de que o Presidente da República "foi vítima, sujeito passivo ou ofendido" da eventual calúnia, em decorrência do que somente poderia ser

arrolado numa dessas 3 qualidades pelo Ministério Público Federal, ou ainda instado a depor pelo próprio Juízo, se necessário, mas não pela defesa”, o Magistrado excluiu do rol das testemunhas arroladas pela defesa, o suposto ofendido.

6. A defesa manifestou recurso em sentido estrito contra o despacho de recebimento da denúncia, pleiteando a colheita da prova negada e a admissão da exceção da verdade se a decisão recorrida fosse mantida.

O despacho foi sustentado pelo seu prolator em decisão de 36 pp.

7. O Presidente da República foi admitido como assistente do Ministério Público enquanto o Secretário da Presidência da República, Cláudio Francisco Vieira, ingressou com ação penal privada subsidiária, mediante queixa, recebida após a defesa dos acusados.

8. As ações penais desenvolviam seu curso, com atos de instrução já designados, quando o Juiz ordenou a autuação da reportagem publicada pela *Folha de São Paulo*, ed. de 11 do corrente mês (Caderno 1, p. 7), sob os títulos “Acerto de contas” e “Contrato mantido”. Determinou, também, o registro do expediente como “procedimento criminal diverso” e mandou que a distribuição se fizesse por dependência à Vara Criminal por onde tramitam os processos e que, com urgência, se abrisse vista dos autos ao Ministério Público Federal.

9. O Procurador da República Mario Luiz Bosaglia ingressou com *correição parcial* contra o despacho mencionado, sustentando que a decisão era “aberrante e inusitada”, causando “enorme estranheza a iniciativa tomada pelo D. Magistrado corrigido que ingressou em seara constitucionalmente reservada ao Ministério Público, assim como passou ao largo do julgamento de conveniência política, no que toca à propositura de

nova ação, das autoridades que Sua Excelência entendeu tenham sido ofendidas”.

10. A *Correição Parcial* foi liminarmente deferida pelo Juiz Corregedor Homar Cais, sob o argumento da relevância do pedido e da constatação de que o Magistrado violou o princípio que veda a prestação da tutela jurisdicional sem provocação da parte ou do interessado, além de poder “causar dano irreparável aos jornalistas responsáveis”.

11. Os advogados Luís Francisco Carvalho Filho, José Carlos Dias e Antônio Carlos Penteado de Moraes, na condição de defensores dos jornalistas e à vista do quadro processual e, em especial, do último ato praticado pelo Juiz, dirigem *consulta* formulando os seguintes requisitos: “a) a decisão ordenando a abertura de novo procedimento criminal é violadora de princípios constitucionais e legais vigentes no processo penal brasileiro?”

“b) pela sua natureza, antecedentes e extensão, o referido ato judicial caracteriza atitude processual capaz de gerar a suspeição do Magistrado?”

“c) a oposição de exceção de suspeição é tempestiva?”

12. A consulta veio devidamente instruída e, na forma de Parecer passo a respondê-la.

1. O devido processo legal

13. Em antológica abertura de sua obra clássica, João Mendes de Almeida Júnior escreveu com simplicidade e sabedoria: “O *processo criminal* tem seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por

isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solenne compromisso de que — ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior e na forma por ela regulada.”

“As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionais. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas. É essa a razão pela qual, si os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbitrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbitrio as formalidades de suas decisões”. (*O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920, I/8/9).

14. Na imagem muito expressiva de Faustin Helie, as formas do processo são destinadas “como pharões, a iluminar a marcha da acção judiciária”, posto assegurarem a liberdade dos indivíduos ao garantirem a defesa; dão força aos julgamentos e aos juizes, porque são o penhor de sua imparcialidade e revestem a Justiça de toda a majestade porque dão testemunho da prudência de seus agentes (*apud* João Mendes, ob. cit., p. 9).

15. A Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio do *due process of law*, como instituição jurídica de notável relevo histórico e como garantia essencial para a dignidade do processo. Ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), a lei fundamental brasileira resguarda um dos mais generosos princípios do Estado Democrático de Direito.

Em sua peregrinação heróica, dos diplomas de garantia do regime anglo

saxão às *Petitions of Rights* de 1628; das Declarações de Direitos do final do século XVIII às Constituições a véspera do terceiro milênio, o princípio se manifesta em várias frentes de garantia.

16. Conforme Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, o *due process of law* assume dimensões que vão para muito além do caráter instrumental com que foi concebido na prática judiciária inglesa (direito a um processo ordenado).

Assim, dentro de uma concepção mais ampla e adequada, o devido processo legal compreende: “a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana); “b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o *processo* (*judicial process*); e “c) assecuração, neste, da *paridade de armas* entre as partes, visando a igualdade substancial”. (*Constituição de 1988 e processo*, Ed. Saraiva, 1989, p. 15).

17. Diante de tais perspectivas, afirma-se o princípio como fenômeno indissociável de um tipo de processo penal comprometido com a descoberta da verdade e a realização da Justiça.

Frente às coordenadas do Estado Democrático de Direito — assim como se propõe a República Federativa do Brasil no primeiro artigo da Constituição — o processo penal deve desempenhar antes de tudo uma *função comunitária*.

Como salienta Jorge de Figueiredo Dias, o processo penal é uma “*parte da ordenação comunitária*, logo ficando prejudicada, por unilateral, a sua caracterização como mero aparelho de força estadual ou como simples ordem de proteção do indivíduo face àquela força” (*Direito Processual Penal*, Coimbra Editora Ltda, 1974, 1º/69).

18. Em síntese: o processo penal é um *assunto da comunidade* em nome da qual se busca a verdade e se distribui a Justiça. Fora de tal perspectiva, o processo é um instrumento de terror político e social, a Justiça uma abstração da realidade e a pena é uma forma cruel para satisfação de antigos ou novos deuses e o seu universo de mistérios.

2. Abuso de poder

19. O ato do Magistrado, interferindo diretamente na autonomia ética de um meio de comunicação regularmente instituído e funcionando legalmente, configurou manifesto abuso do poder jurisdicional posto caracterizar censura proibida pela Constituição.

20. O pedido de Correição Parcial expõe com clareza e precisão o episódio, extraindo as devidas consequências jurídicas. O ato judicial pretendeu retirar do Ministério Público o exercício de uma de suas funções institucionais privativas (CF art. 129, I).

21. Não existe paralelo entre a referida decisão e o dever processual estabelecido pelo art. 40 do CPP, *verbis*: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes e tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Com efeito. Em primeiro lugar, o *material proibido* não se encontrava em “autos ou papéis” submetidos ao conhecimento do Magistrado, mas, sim, em edição regular de um meio de comunicação. Não se tratava, portanto, de repassar ao órgão do Ministério Público material probatório que veio ao processo ou se continha num papel ou que se formou durante a dilação probatória.

Em segundo lugar, o Magistrado não se limitou a encaminhar expediente ao Ministério Público, contendo a matéria existente fora de autos ou papéis de que

conheceu — fato que também caracteriza *sviamento de potere* em face da natureza pública *condicionada* da ação penal correspondente (CP, art. 100, § 1º c/c o art. 24 do CPP).

22. O sistema processual penal veda o início de inquérito nos crimes em que a ação pública depender de representação (ou requisição) do ofendido, antes de satisfeita tal formalidade (CPP, art. 5º, § 4º).

Com tal orientação, fica resguardada a autonomia ética da pessoa e sua liberdade de proteção dos bens jurídicos disponíveis. A propósito, salienta Jorge de Figueiredo Dias que “um dos valores prevalentes no processo penal é o asseguramento da esfera dos direitos da personalidade da pessoa” (ob. cit. p. 131). Considerando que entre os *direitos da personalidade* se encontram os relativos à intimidade da vida privada e à honra, não se admite a instauração de procedimento criminal à revelia ou em oposição à vontade do titular do bem jurídico afetado, quando este bem constitui o quinhão disponível do patrimônio da pessoa.

23. O despacho atacado pela Correição Parcial não se restringiu a encaminhar material supostamente delituoso ao Ministério Público. Ele foi mais adiante quando: a) classificou tecnicamente a reportagem sob o ângulo da adequação típica, atribuição especificamente reservada ao Ministério Público, salvo as exceções mitigadas dos arts. 383 e 384 e parágrafo único do CPP; b) mandou autuar a reportagem e encaminhá-la à Sudis para registro como “procedimento criminal diverso”; c) mandou distribuir o expediente por dependência à mesma Vara Criminal por onde correm os feitos sob a sua direção; d) mandou abrir vista “com urgência”, ao Ministério Público Federal; e) orientou a estratégia para os eventos processuais futuros, com a indicação de arestos que tratam da hipó-

tese de delitos intercorrentes; f) proferiu juízo de mérito sobre a (suposta) criminalidade do fato novo.

24. Quanto a este último aspecto, o emprego de expressões como “*em tese*, nova infração penal” e “*ins eventualmente ilícitos*” não socorre a aparente imparcialidade do ato, posto não se adequarem ao contexto da decisão, toda ela inspirada pela marca psicológica da prevenção.

25. O ato desnuda a parcialidade na medida em que transpira a convicção do Magistrado. A suspeição e o abuso de poder são *vasos comunicantes* e a condenação dos réus está sendo digitada pelas fímbrias dos arestos. A sentença, em tais circunstâncias, constituirá apenas o *desdobramento lógico* de uma sucessão “de atos de que se entrelaçam” em inequívoca “relação de conexidade”, para usarmos as expressões constantes do despacho.

26. A respeito do procedimento acusatório *ex officio*, censurado pelo ilustre Procurador da República e pelo e. Corregedor Geral, vale transcrever a doutrina imorredoura de José Antonio Pimenta Bueno. Com sua fecunda sensibilidade e a notável experiência de Magistrado, Deputado Provincial e Senador por São Paulo, Presidente das Províncias de Mato Grosso e do Rio Grande do Sul, Presidente do 24º Gabinete do Império, Diplomata e jurista de visão universal, disse ele em seus clássicos *Apointamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*: “É essencial combinar o que a ordem pública reclama com as garantias das liberdades individuais. O que faz um juiz, quando procede *ex officio*? Constitue-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquent; dá a denuncia a si proprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julgar conveniente, e por fim avalia as provas que elle creou, e pronuncia, ou não, como entende! Ha nisto garantia alguma? “O

juiz não deve ser sinão juiz, arbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa accumulção facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espirito do julgador. Em verdade, quando elle é obrigado a crear em seu proprio espirito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor proprio de sua previdencia convidará a que não aprecie bem as contradicções ou razões oppostas, a que faça triumphar sua penetração: elle julgará antes de ser tempo de julgar”. (Edição Empreza Nacional do Diario, Rio de Janeiro, 1857, p. 87).

3. Antecedentes do despacho abusivo

27. O despacho que transgrediu os limites constitucionais e legais assinalados para o exercício do poder jurisdicional não deve ser tratado somente no âmbito da correição parcial. Em princípio, o simples encaminhamento de elementos indiciários de um delito ao órgão do Ministério Público — em crime perseguível mediante ação pública incondicionada, frize-se — não conduziria à convicção de suspeição do seu autor. A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, que tal iniciativa não constitui ilegalidade (RTJ 84/830) e nem caracteriza situação de impedimento do juiz (RTJ 48/321).

Neste último paradigma, a Corte suprema deu ao assunto a orientação mais adequada ao decidir que: “O *estrito* cumprimento do disposto no art. 40 do CPP não acarreta o impedimento do julgador que dá a *noticia criminis* e *sugere* a abertura de processo regular”. (Grifos nossos).

No entanto, além das características inusitadas do procedimento de ofício como já se analisou, existem antecedentes que revelam a inequívoca compulsão

do Magistrado em dirigir a ação penal de modo temerário, não obstante a erudição jurídica das *linhas de ação* e a freqüente companhia de acórdãos fincados aqui e ali como guias de seu pensamento exterior.

28. Alguns exemplos, extraídos do itinerário processual podem ser indicados como *elos da cadeia de suspeição*: a) a violação do princípio de isonomia, traduzido no processo judicial pela igualdade entre as partes; b) a violação da garantia do *equilíbrio de armas*; c) a violação do princípio do contraditório; e d) a violação do princípio a ampla defesa. Vejamos cada um deles:

a) Igualdade entre as partes

29. Relativamente a este aspecto, o tratamento dispensado nos atos judiciais ao ofendido, bem revela a superposição de hierarquia de uma parte sobre a outra, fenômeno incompatível com o princípio constitucional de isonomia (art. 5º, I) que se reflete no processo penal como uma das garantias exigidas do juiz (CPC, art. 125, I c/c o art. 3º do CPP). Trata-se de um dos pressupostos indispensáveis da “regularidade do processo” (CPP, art. 251) a ser provida pelo Magistrado.

30. Sem embargo da consideração que merece o titular do cargo da presidência da República, forçoso é reconhecer que S. Exa., na espécie, despe-se de prerrogativas formais quando vem litigar em seu nome pessoal. Esta situação ficou explicitamente caracterizada pelo seu empenho em atuar como assistente do Ministério Público. É o cidadão Fernando Affonso Collor de Mello, brasileiro, casado, Economista... (no exercício da presidência da República) quem atua como acusador particular. Trata-se, portanto, de um litígio que, se por um lado, tem como parte supostamente atingida o Presidente da República, por outro tem a figura pes-

soal do exercente do alto cargo. E dentro desta perspectiva, ação penal envolve contadores no mesmo plano da cidadania que é um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, II) e antítese de privilégios e desigualdades.

Conforme consta da autuação, a (suposta) vítima é “O Exmo. Sr. Presidente da República” e assim também se verifica no despacho de notificações dos acusados (fls.) e no despacho de recebimento da denúncia (fls.).

31. No ofício de fls., contendo as informações ao Relator do Mandado de Segurança, o nome do se dizente ofendido foi gravado com pompa e circunstância: “Exmo. Sr. Presidente da República, Fernando Collor de Mello”. E assim se fez por 3 vezes (fls.) enquanto nas demais, a referência o foi à pessoa do “Exmo. Sr. Presidente da República” (fls.) lembrando, de certa forma, a discriminação social e política do Livro V das Ordenações do Reino de Portugal ao instituir as penas em correspondência com a “graveza do caso e qualidade da pessoa” e a imunidade conferida ao Príncipe, na Constituição do Império do Brasil.

Sob o advento da Carta Política liberal de 1946, foi sancionada a Lei 1.079, de 10.4.50, que permite a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

É o exemplo vigente da *ação penal popular* como virtude do regime democrático e negação da inviolabilidade e da santificação da pessoa do governante.

32. Enquanto o advogado do suposto ofendido refere-se adequadamente ao “Presidente da República” (fls.), o Magistrado volta a reverenciar o “Exmo. Sr. Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello” (fls.) mesmo quando ele comparece como acusador particular para requerer a sua habilitação nos autos. A *sacralização* de uma das partes no processo penal, de forma

continuada e expressiva, deixa de constituir mero gesto de homenagem para assumir os contornos da suspeição quando o Magistrado procura desobrigar o (suposto) ofendido do dever processual de testemunhar, violando, assim, regras claras do processo (CPP, arts. 201, 202 e 221, § 1º).

b) Violação da garantia do "equilíbrio de armas"

33. O *equilíbrio de armas* (*paridade de armas, equalianza delli armi, égalité des armes, equality of arms, waffengleichheit*) constitui uma das garantias essenciais do processo penal conduzido pelos rumos do Estado Democrático de Direito.

Tal equilíbrio é o aval do contraditório e a fiança da ampla defesa sem os quais o processo penal assume a conformação de pânico e a Justiça a imagem do terror.

34. O Magistrado excluiu do rol das testemunhas o Presidente e o cidadão Fernando Collor de Mello, no pressuposto de que: "S. Exa., na verdade, foi vítima, sujeito passivo, ou ofendido da eventual calúnia, em decorrência do que somente poderia ser arrolado numa dessas 3 qualidades pelo Ministério Público Federal, ou ainda instado a depor pelo próprio Juízo, se necessário, mas não pela defesa". (fls. do despacho de recebimento da denúncia, grifos do original).

35. Nada mais equivocado. Além da possibilidade legal de se ouvir o ofendido (CPP, art. 201) a teoria e a prática do processo judicial, de modo geral, extraem das declarações da vítima ou do depoimento da parte, conforme se trate de prova no processo criminal ou no processo civil, as mais importantes consequências. Impedir que a defesa produza prova através das declarações do se dizente ofendido caracteriza manifesto abuso de poder e flagrante violação da garantia da igualdade de armas

que vale tanto para os domínios da prova como da situação e relações dos sujeitos do processo.

36. Como epílogo das considerações em torno deste tema, valem duas reflexões: a) a posição do ilustre Procurador da República e autor da denúncia, no sentido de que não existe impedimento legal para que seja ouvido o Presidente da República como ofendido; b) a orientação da legislação processual penal para os crimes contra a segurança nacional (Dec.-lei 898, de 29.9.69, arts. 65 e 66 e parágrafo único) cerceando flagrantemente o direito à *igualdade de armas*.

c) Violação do princípio do contraditório

37. A Constituição Federal assegura "aos acusados em geral" o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV).

Conforme a lição de Figueiredo Dias, a moderna tendência é no sentido de conferir verdadeira autonomia substancial ao contraditório perante o princípio da verdade material e perante o direito de defesa do acusado (ob. cit. p. 153).

38. Na espécie o contraditório se exerce pela possibilidade jurídica do acusado ouvir o acusador, mesmo sob a restrição ditada pela Lei 6.416, de 24.5.77, que deu a atual redação ao § 1º do art. 221, do CPP.

d) Violação do princípio da ampla defesa

39. Trata-se de corolário lógico embora de formulação autônoma, do princípio anteriormente exposto (CF, art. 5º, LV).

A ampla defesa é um instituto de feição liberal e que se afirma, na atualidade, como exigência inafastável do processo penal de feição acusatória em oposição ao processo penal de natureza inquisitorial.

Com muita propriedade acentua José Cretella Junior que a ampla defesa abrange o contraditório, “completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Forense Universitária, 1990, 2ª ed., 1/534).

4. Fundamento legal da suspeição

40. A suspeição do Magistrado que vem dirigindo os processos criminais contra os jornalistas Otavio Frias Filho, Nelson Blecher, Josias de Souza e Gustavo Krieger, é uma imposição da essência e da circunstância do interesse público inerente à Administração da Justiça e das exigências do devido processo legal.

41. Uma perspectiva literal e restritiva do art. 254 do CPP impediria a oposição de exceção de suspeição. Com efeito, o Juiz da causa não se acomoda formalmente a nenhuma das hipóteses ali descritas. Não é amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes e inexistem evidências a propósito de situações ou relações que a lei processual penal enumera (ns. I a VI).

No entanto, mesmo sem a roupagem formal de qualquer um dos modelos legais, os atos processuais analisados, pelo seu “inegável entrelaçamento” e “relação de conexidade”, demonstram ser o Juiz, *data venia* “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes” (CPC, art. 135, V, c/c o art. 3º do CPP).

42. Existe uma inegável cadeia de atos reveladores da inclinação do Magistrado pela condenação dos acusados como ofensores da honra do “Exmo. Sr. Presidente da República Fernando Collor de Mello”, conforme o tratamento grafado tantas vezes nos despachos e decisões.

43. A *cláusula salvatória* constante do inc. V do art. 135 do CPC é o *gênero*

de que são *espécies* as hipóteses arroladas pelos outros incisos.

Sendo assim, pode-se afirmar que as relações e as situações descritas pelo art. 254 do CPP são *modalidades* através das quais o Juiz revela o seu interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Por outro lado, a disposição de caráter geral, isto é, o interesse na decisão em favor de uma das partes, está indicada como hipótese clássica de suspeição nos diplomas processuais brasileiros. A propósito, o Código de Processo Criminal do Império (art. 61) e o CPP do Distrito Federal (art. 43).

44. Nenhuma dúvida existe quanto à possibilidade jurídica do sistema do processo penal brasileiro acolher a cláusula geral de hipóteses de suspeição, trasladando o texto do Código de Processo Civil, diante de dois — entre outros — argumentos: a) a lei processual penal admite aplicação analógica (CPP, art. 3º); e b) a doutrina registra precedente como se poderá verificar em José Frederico Marques, ao sustentar que a suspeição por motivo íntimo (art. 119, § 1º do CPC/39) embora não prevista expressamente no Código de Processo Penal se estende à Justiça criminal (“Da suspeição”, em *Estudos de Direito Processual Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, pp. 203, 204).

45. Tratando do tema da suspeição, Jorge de Figueiredo Dias se reporta ao § 24, II do CPP da então República Federal da Alemanha (ou Alemanha Ocidental) contendo uma cláusula geral dizendo poder ser acusado o *judex suspectus* “quando exista qualquer fundamento capaz de gerar desconfianças sobre a sua imparcialidade” (ob. cit. p. 319).

E prossegue o lúcido processualista — e notável penalista — com a lição que merece ser transcrita: “É, em conclusão, um verdadeiro *princípio geral de direito*, actuante no domínio da política judiciária, que se esconde atrás de toda a

matéria respeitante aos impedimentos e suspeições do juiz: o de que é tarefa da lei velar por que, em qualquer tribunal e relativamente a todos os participantes processuais, reine uma *atmosfera de pura objectividade e de incondicional juridicidade*. Pertence pois a cada juiz evitar, a todo o preço, quaisquer circunstâncias que possam perturbar aquela atmosfera, não — uma vez mais o acentuamos — enquanto tais circunstâncias possam fazê-lo perder a imparcialidade, mas logo enquanto possam criar nos outros a convicção de que ele a perdeu. “Deste modo, muitas atitudes do juiz incompatíveis com a manutenção daquela atmosfera e que tradicionalmente só são passíveis de censura em via de recurso (quando o são), por representarem violações dos princípios da forma próprios da audiência de discussão e julgamento, deviam ser atalhadas e remediadas logo através de uma exacta compreensão legal da matéria de impedimentos e suspeições do juiz. Assim, por *exemplo*, os casos do juiz que adormece durante a audiência, do que escreve já a sentença durante as alegações, do que, durante a audiência, usa um tom próprio de que já fixou o seu convencimento, etc.” (ob. cit. p. 319 e 320, grifos do original).

E numa das notas de rodapé do aludido texto, Figueiredo Dias se refere à orientação do Supremo Tribunal de Justiça ao conceder uma razoável e necessária amplitude das hipóteses legais de suspeição: “Deste ponto de vista bem se compreenderá o aplauso merecido por toda a interpretação que *estenda* o âmbito de averiguação de qualquer impedimento ou suspeição. É de se louvar, portanto, a doutrina decorrente do Ac. do STJ, de 7.2.73 (BMJ 224/113), segundo a qual “das decisões proferidas nos incidentes de suspeição é admissível recurso até o STJ, ainda que o processo principal seja um processo de polícia correcional” (ob. cit. p. 320, nota 48, grifo do original).

46. O interesse do Magistrado em decidir a causa em favor do suposto ofendido deduz com *clareza de sol mediterrâneo* para usar de uma das expressões vigorosas de Nélson Hungria. A inequívoca direção dos atos no rumo da condenação dos acusados é identificável assim como é possível reconhecer os sentimentos de amor e ódio que comprometem a serenidade e conduzem à injustiça. O Padre Antonio Vieira já dizia: “se os olhos vêem com ódio, a pomba é negra; se, com amor, o corvo é branco”.

47. Referindo-se ao *judex suspectus*, Manzini reserva estas palavras que bem retratam a natureza e o alcance da exceção de suspeição: “Gli institui processuali, di cui imprendiamo a trattare, non hanno soltanto lo scopo di prevenire decisioni ingiuste, ma altresì quello di evitare situazioni imbarazzanti per il giudice, e di mantenere la fiducia della popolazio ne nell’amministrazione della giustizia, eliminando cause che potrebbero dare adito a critiche o a malignazione. Anche le apparenze devono essere curate, quando si tratta della giustizia”. (*Trattato di diritto processuale penale italiano*, Ed. UTET., Torino, 1968, II/200).

5. Tempestividade da arguição

48. Dispõe o art. 96 do CPP que “a arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente”.

Existem precedentes no sentido de que a iniciativa deve ocorrer antes do interrogatório do réu. Se após a defesa prévia, é intempestiva (1ª CCrim. do TJSP, RT 455/359-360).

A linha do aresto indicado se orienta na conclusão de que se a parte fizer qualquer alegação perante o juiz estará, implicitamente, reconhecendo a sua isenção e perderá a oportunidade de excepcioná-lo.

Em outro caso, a Câmara Criminal do TJMS decidiu que é intempestiva a arguição após encerrada a instrução. O aresto ressalva não ser hipótese de iniciativa fundada em motivo superveniente (RT, 564/365 à 367).

49. A espécie em exame é distinta das situações anteriores. O fato gerador da arguição se contém no despacho proferido pelo Magistrado em data de 11 do corrente cujo abuso de poder se procurou demonstrar, à exaustão.

Trata-se, conseqüentemente de arguição “fundada em motivo superveniente”.

Foi a decisão imputando novo delito aos acusados à revelia do suposto ofendido, do Ministro da Justiça e do Ministério Público e adotando medidas de perseguição, a *face visível* da suspeição. Os atos anteriores, embora *indiciários* da parcialidade ainda não haviam assumido a característica de vinculação à vontade que se exteriorizou no despacho cassado pela Correição.

A propósito, convém chamar à colação um dos mais prestigiados intérpretes do Código de Processo Penal. Comentando o art. 96, Eduardo Espínola Filho, escreve: “Há casos, em que o impedimento ou a suspeição só se apresenta ou vem à ciência das pessoas afetadas ou interessadas, quando já em curso o processo. Então, deve o impedido ou suspeito declarar-se tal, de ofício, logo que saiba da sua situação, e, se não o fizer, cumpre à parte interessada levantar a exceção, imediatamente” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 4ª ed., II/254).

50. A arguição, diante das observações anteriores, é tempestiva na fase atual do processo, ou seja, quando após o ato abusivo a defesa não compareceu nos autos para manifestar, de uma forma ou outra, o assentimento na permanência do Magistrado contra o qual poderá opor a suspeição.

6. Respostas

51. Diante do exposto, são respondidos os quesitos na forma seguinte:

a) “a decisão ordenando a abertura de novo procedimento criminal é violadora de princípios constitucionais e legais vigorantes no processo penal brasileiro?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida.

b) “pela sua natureza, antecedentes e extensão, o referido ato judicial caracteriza atitude processual capaz de gerar a suspeição do Magistrado?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida. Aproveitando a imagem de Pimenta Bueno, pode-se afirmar que o Magistrado “julgou antes de ser tempo de julgar”.

c) “a oposição da exceção de suspeição é tempestiva?”

Resposta. Sim, conforme a análise procedida.

52. Vale arrematar com a observação de que arguição de suspeição é providência de extrema necessidade e resultante de fatores inequívocos e irresistíveis para o Advogado frente aos compromissos éticos que assume perante o cliente e a sociedade. E, por isso mesmo, trata-se de providência excepcional.

Afinal, com fervor religioso e reiteradas demonstrações de conveniência pacífica nos corredores do fórum, nas salas de audiência ou nos gabinetes dos Magistrados, os procuradores têm não somente lembrado como, também, cumprido um dos primeiros mandamentos inscritos no *Elogio dei giudici* de Piero Calamandrei: “Da confiança nos juízes, primeiro dever do advogado”.

É o Parecer

S.M.J.

Curitiba para São Paulo, 23 de abril de 1991.

PARECERES

TRÁFICO INTERNO DE ENTORPECENTE

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Associado do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
e Professor Titular da Faculdade de Direito das FMU

I — Configuração de crime de tráfico interno de entorpecente. 1. Imputação concreta constante da denúncia. 2. Indícios insuficientes para a caracterização da prática de crime de tráfico internacional de entorpecente. 3. Exegese do art. 37 da Lei 6.368/76. 4. Caracterização como permanente do crime de porte pessoal de entorpecente. 5. Determinação conceptual de tráfico interno e do internacional. 6. Inexistência de tentativa — II — Competência da Justiça criminal do Estado de São Paulo — 7. Excepcionalidade da competência da Justiça Federal. 8. Inocorrência de conexão. — III — Conclusão — 9. Resposta à consulta formulada

I — Configuração de crime de tráfico interno de entorpecente

1. Imputação concreta constante da denúncia

Parecer

Guardada a ordem da enunciação, cuidou, em primeiro lugar, da qualificação jurídica dos fatos que, tanto a acusação, como a sentença condenatória, objetivaram.

Expressa a denúncia, concretamente, que os denunciados, “*associados* na cidade de Cacoal/RO”, em que formada a “*quadrilha*”, empreenderam “viagem a esta Capital de São Paulo, a fim de transportar uma grande partida de *cocaína*”.

E que três deles, aqui chegando, “hospedaram-se no hotel denominado Colúmbia”, situado na rua dos Timbiras, n. 492, às 19,15 h. do mesmo dia, oportunidade em que A. ostentou a sua falsa condição de assessor, conforme se depreende da ficha de fl. 23”.

Em resumo — complementa, — “A. e outros associaram-se no estado de Rondônia para o fim de praticar o tráfico de entorpecente, munindo-se de vários recursos materiais e de um plano adrede. A. muniu-se, ademais, de uma carteira que lhe atribui a condição de assessor da Câmara dos Deputados, carteira esta ideologicamente falsa. Assim, por volta do dia 8 deste mês, saíram de Cacoal/RO, com destino a esta Capital, transportando uma grande carga de *cocaína*, sendo que todos os membros da quadrilha participaram da ousada operação criminosa, conforme acima descrito. Aqui nesta Capital, na noite do dia 9, foram presos em flagrante (sendo que E. fugiu). Provou-se, ao depois, a materialidade dos crimes de *tráfico* e de falsidade ideológica”.

Dúvida não pode restar, portanto, acerca de ter sido essa, assim sintetizada, a *efetiva imputação fática* em que se consubstanciou a acusação, segundo a transcrita súmula do próprio subscritor da petição inicial da aludida *Ação Penal*.

2. *Indícios insuficientes para a caracterização da prática de crime de tráfico internacional de entorpecente*

Verdade é, outrossim, que a referida peça que deu origem à formação do processo menciona, no item 7, a existência de indícios de tráfico internacional, que, no entender do Doutor Procurador da República, consistiriam na:

a) “impressionante quantidade de substância entorpecente apreendida” (quicá a “maior quantidade já apreendida no solo brasileiro”), cuja aquisição pelos consumidores nacionais seria impossível, quer pela sua quantidade, quer pelo seu preço, e, ainda, “pela inviabilidade prática de sua absorção num período de tempo que se pode ter por razoável”;

b) “direção em que se deslocava o transporte”, desde “países vizinhos e grandes produtores”, como a Bolívia e a Colômbia, passando pelos Estados do Norte e, “margeando o Oeste do país, pelo estado de Mato Grosso”, até São Paulo, onde a “substância psicotrópica” seria enviada para o porto de Santos, e, dele, para a Europa — a denominada “rota brasileira”, ou “conexão paulista”; e,

c) verificação de os denunciados fazerem “parte de uma organização no território nacional que serve de ponto” ao chamado “Cartel de Cali”, para “a exportação de entorpecente ao estrangeiro” (tanto que A. negou-se “a declinar o nome da pessoa que lhe entregou a carga proibida”, o da pessoa a quem seria entregue em São Paulo, e, também, o seu destino).

Isso não se afigura, porém, suficiente para a pretendida caracterização da prática de crime de *tráfico internacional de entorpecente*, ainda mais quando se tenha presente que tais mencionados fatos restaram cingidos à mesma indiciabilidade precedente à denúncia, tanto que o MM. Juiz pronunciante da sentença condenatória, ao determinar as

causas de aumento de pena estatuídas no art. 18, incs. I e III, da Lei 6.368/76, se atrelou aos mesmos argumentos da denúncia (“quantidade ciclópica de cocaína”; iniciação do transporte em “Estado fronteiriço com a Bolívia”, no qual, segundo testemunho de “policial experiente no combate a tal crime” — o mesmo policial cujo testemunho foi tido, logo adiante, por S. Exa., como de “natureza extremamente indireta, em que sobressaem mais julgamentos de valor do que elementos concretos”, — não existem laboratórios de refino; e falta de “suficiente mercado de consumo” em São Paulo).

Nem a autoriza, de resto, a invocação do art. 37 do apontado Diploma legal, como procurarei demonstrar em seguida.

3. *Exegese do art. 37 da Lei 6.368/76*

Mencionada preceituação tem o seu *caput* assim redigido: “Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei a autoridade atenderá à natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Teve o legislador nacional, indubitavelmente, em vista, ao elaborá-la, a necessidade de definir-se, pela “autoridade”, ou seja, pelo órgão jurisdicional competente, a infração praticada pelo agente, de sorte a distinguir a relativa ao *tráfico* da concernente ao *uso próprio* do entorpecente.

Intuiu-o por todos, com muita acuidade, Vicente Greco Filho, *Tóxicos — prevenção, repressão*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 120 e 181-182, ao salientar, respectivamente, que:

“Outro problema, quicá mais complexo, é o referente à prova da exclusividade da destinação para uso próprio.

No sistema anterior ao Dec.-lei 385, o critério único de distinção era o da

pequena quantidade, circunstância que determinou que o tráfico passasse a ser feito sempre em pequenas quantidades, de modo a possibilitar ao traficante a arguição constante do uso próprio.

Infelizmente, a dificuldade retornará. O art. 37 da Lei refere outras circunstâncias que deverão ser levadas em consideração para a caracterização do delito, mas, na prática, sabemos que todas ficarão reduzidas à quantidade, especialmente nas comarcas em que o movimento forense impede exame aprofundado da causa..."; e,

"Como amplamente se discorreu nos comentários ao art. 16, a nova lei distinguiu penalmente a conduta *daquela que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio da conduta do que pratica uma dessas ações para a finalidade de difusão do vício*. O tratamento penal diferenciado, beneficiando aquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio, traz, certamente, para o juiz, a dificuldade de, por ocasião da sentença, fazer a apreciação daquele elemento subjetivo do tipo.

Os aspectos subjetivos de uma conduta, porém, só podem ser aferidos através de circunstâncias objetivas, que o artigo" (37, cf. p. 181, — permito-me explicitar) "*enumera, com a finalidade de orientação do juiz*. Na verdade, o dispositivo nada acrescenta, mas *tem uma intenção que o justifica, qual seja a de chamar a atenção do magistrado para que aprecie todas as circunstâncias do crime e não apenas a quantidade da droga apreendida*, critério simplista e único considerado na vigência do art. 281 do CP antes do Dec.-lei 385. A quantidade da droga, não se nega, é fator importante mas não pode ser exclusivo, devendo, pois, o juiz apreciar as demais circunstâncias que envolvem o delito, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

O problema, porém, é que a *necessidade da classificação da conduta, como enquadrável no art. 12 ou no art. 16*, coloca-se não apenas no momento da sentença, mas desde o flagrante..." (com grifos meus).

E nesse mesmo, lógico e racional senso, postaram-se a doutrina e a jurisprudência nacional (v., e.g., Mário Guaraci de Carvalho Rangel, *Lei de tóxicos — comentários e aspectos internacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 89; Celso Delmanto, *Tóxicos*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 92-93, — este, citando RF 268/350; RT 541/398; JTACrimSP, 64/63).

Há até quem entenda que a "autoridade", a que se refere o texto legal, é apenas a *policia*l (v., ainda, Pedro Mudrey Basan, *A Nova lei de repressão aos tóxicos comentada*, São Paulo, Pró-Livro, 1977, p. 56; Celso Delmanto, *Tóxicos*, cit., pp. 92/93)...

Já agora a *internacionalidade do tráfico* tem o seu dimensionamento preconizado no art. 18, inc. I, como *causa especial de aumento de pena*, em razão da *verificação objetiva, concretamente efetivada, da proveniência ou do destino da droga*.

E tal constatação, à evidência, não há de ser feita senão *realisticamente*, com base em *específica comprovação do fato*; sem lugar, portanto, para ilações, suposições ou deduções, de que natureza sejam.

É o que procurarei demonstrar, mediante o seqüente estudo da infração penal em referência, relembrando antes, todavia, na esteira de doutrinação de Emilio Betti, *L'interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Milão, Giuffrè, 1949, p. 3 (e que se difundiu, inclusive, entre nós, e.g. Fran Figueiredo, *Metodologia constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação*, Brasília, ed. Itamari, 1987, p. 178; Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fun-*

damentais, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 86), que a interpretação da norma legal deve ser voltada ao reconhecimento e à reconstrução de seu significado, no âmbito da ordem jurídica, como “forma representativa” do respectivo conteúdo, e feita “fonte de valoração jurídica, ou que constitua objeto dessa valoração”.

Igualmente, que, se até as análises de textos de diferentes leis devem ser concordes, uma com as outras, “de modo a torná-los conformes e não contraditórios”; com muito maior dose de razão, os “textos da mesma lei devem-se entender uns pelos outros; as palavras antecedentes e subseqüentes declaram o seu espírito” (cf. Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1957, I/515 — com lastro em Carlos Augusto de Carvalho, *Consolidação das Leis Civis*, art. 62; e, também, em idêntico senso, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e interpretação do direito*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 334).

4. Caracterização como permanente do crime de porte pessoal de entorpecente

Subsumem-se, com efeito, os atos ditos praticados por todos os denunciados na infração penal tipificada no art. 12, *caput*, da *Lei Antitóxica*, especificada na modalidade “trazer consigo... substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (grifado), e correspondente, nas circunstâncias focalizadas, ao nomeado *tráfico de entorpecente* (cf., a respeito, RT, vol. 608/323-380; RJTJSP, 97/512, 85/385).

Deve ser anotado, a tal propósito, que, a exemplo do que ocorria com o art. 281 do CP, o apontado art. 12 timbra — na esteira de expressão de Nelson Hungria, *Comentários ao Cód-*

go Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1958, IX/139, — em ser minuciosamente casuístico, de sorte a tornar, se não impossível, “difícil imaginar-se uma modalidade de ação, relacionada com o tráfico, comércio ou fornecimento de entorpecentes, que não esteja ali compreendida”.

E, igualmente, que se trata, na situação versada, de *crime permanente*, cujo elemento subjetivo reside na vontade, livremente dirigida, de *portar pessoalmente* a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, “sem autorização de quem de direito ou em discordância com determinação legal ou regulamentar” (*idem*, p. 139; e, em idêntico senso, E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1962, 4º/82; Celso Delmanto, *Tóxicos*, cit. p. 18; Jorge Medeiros da Silva, *A nova lei de tóxicos explicada*, São Joaquim da Barra, Ed. Legis Summa, 1977, p. 34; Pedro Mudrey Basan, *A nova lei de repressão aos tóxicos comentada*, cit., p. 31; Geraldo Gomes, *Tóxicos — inexigibilidade de conduta diversa*, RJTJSP, 92/14).

Crime permanente, ademais, e segundo entendimento generalizado da doutrina penal, é aquele em que, “all’inizio della consumazione segue uno stato antiigiuridico duraturo per il protrarsi della condotta volontaria del soggetto, così che il reato *si esaurisce* soltanto con il cessare di questa. Intali reati, pertanto, il fatto è caratterizzato dallo stato antiigiuridico duraturo che si potrae nel tempo per la condotta del soggetto stesso, che può farlo cessare e che, nella struttura del reato si pone come *requisito necessario*”, (cf., por todos, Sílvio Ranieri, *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Pádua, Cedam, 1968, I/253-254).

Por isso que se delineia deveras importante o estabelecimento do respectivo conceito, para a determinação da *consumação da infração penal* (cf., ainda, Vincenzo Manzini, *Tratado de*

Derecho Penal, trad. castelhana de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1948, primeira parte, II/100; Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, trad. castelhana de José J. Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1954, I/295; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., 4º/83), que se verifica, indubitavelmente, “quando praticada uma das ações constitutivas do tipo” (com grifos meus).

Tem-se, destarte, e em síntese conclusiva, como “*permanente (Dauerverbrechen)* el delito cuyo proceso ejecutivo, y por lo tanto su estado antijurídico, perdura en el tiempo. No es que se prolongue, como erróneamente se dice, más allá de la consumación, sino que continúa consumándose indefinidamente mientras dure el estado de ilicitud. En poder del agente está el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero, mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo (véase *Resultado*)” (cf. Maggiore, *Derecho Penal*, cit., I/295).

Daí, e em consonância com ponderosa observação de Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., 4º/83, dentre outras modalidades, previstas no dispositivo legal indicado, *trazer consigo* caracteriza-se como *crime consumado* tão-só pela prática da ação constitutiva do tipo, qual seja o *porte pessoal de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem a necessária autorização ou com inobservância de lei ou regulamento*. E tal, obviamente, enquanto a atuação delitativa, que “se reproduz a cada instante”, perdure.

Acrescente-se, já agora com João de Deus Lacerda Menna Barreto, *Estudo geral da nova lei de tóxicos*, Rio de Janeiro, ed. Rio, 1976, pp. 83/84, que se faz oportuno “lembrar, igualmente, algumas ações delituosas que têm caráter formal ou de consumação antecipada e que, por via de consequência, dada a sua não fragmentação, desautorizam a aceitação de tentativa. É o caso, *verbi*

gratia, das relativas à guarda, ao depósito, ao transporte de tóxicos, além da simples posse (trazer consigo)”.

Assim também que essa, remançosa, é a orientação jurisprudencial, mostrada, com a exuberância de seu conhecimento acerca da matéria em referência, pelo Des. Geraldo Gomes, no julgamento da Apkrim 24.066-3 da Comarca de São Paulo, in RT 583/333, de que destacável o seguinte tópico, constantê, inclusive, da ementa, e *verbis*: “Inadmissível é a figura da tentativa no delito de posse de entorpecente. *Nos crimes relacionados com tóxicos, evidenciando-se começo de execução, já se tem o crime consumado, pois esse começo de execução esgota e exaure a modalidade criminosa*” (com grifos, novamente, meus).

5. Determinação conceptual de tráfico interno e do internacional

Consumado, desse modo, a cada instante (v. tb. e. g., RJTJSP 81/391), o crime de “trazer consigo” o tóxico, e verificado, outrossim, ser ele destinado à comercialização (“tráfico de entorpecente”), impende ao apreciador dos fatos narrados em determinada denúncia a perquirição das peculiaridades do tráfico, para sua devida caracterização como interno ou internacional.

E isso, especialmente, ante o disposto no apontado art. 12, que, de logo, cogita na importação e da exportação, e, na seqüência estatuída, do transporte de “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”; e, ademais, no art. 18, I, estabelecendo aumento de um a dois terços na pena cominada para o “caso de tráfico com o exterior”.

Explicam, a respeito, os cultores do tema, que *importar* “é fazer entrar no território nacional”, consumando-se o crime sempre que o entorpecente transponha as fronteiras do país ou ingresse

“nos limites do mar territorial e respectivos espaços aéreos”; *exportar* “é ato inverso, isto é, fazer sair dos limites territoriais brasileiros”; e *transportar* “é conduzir de um lugar para outro, em nome pessoal ou de terceiro. Pressupõe o uso de algum meio de deslocação da droga, porque se esta for levada junto ao agente confundir-se-ia com o “trazer consigo”, que é modalidade do “transportar”, na hipótese em que o indivíduo conduz pessoalmente a droga” (cf. Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, cit., pp. 86-87 e 89; e, no mesmo sentido, Celso Delmanto, *Tóxicos*, cit., p. 19; Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, cit., IX/138; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., 4^o/77).

Ora, podendo o *transporte*, inclusive pela própria pessoa (*trazendo a droga consigo*), ser *local*, *interno*, à evidência que o *tráfico internacional de entorpecente* só pode ter lugar quando ele ocorra *para alguém ou para além dos limites territoriais de nosso país*, qualquer que seja a via — *terrestre, aérea ou marítima*.

Tal não acontecendo, inadmissível afigura-se alvitrar a aplicação do disposto no apontado art. 18, I, da Lei 6.368, de 1976, restando, somente, em casos que tais, a hipótese alusiva a *transportar* — quer genericamente considerada, quer especificada a “*trazer consigo*”, — tipificada, como visto, no art. 12, *caput* (em que manifestas a *multiplicidade* e a *alternatividade do tipo*), distintamente de *importar* e de *exportar*.

Reiteram-se, aliás, os pronunciamentos pretorianos, a esse propósito, ressaltando que se deve considerar, na análise do crime de *tráfico internacional de entorpecente*, a *abrangência*, na sua prática e em seus efeitos, de *mais de um país* (cf. RTJ 112/1.104, 109/554, 97/607, 94/484; RT 595/471, 553/419, 551/307, — lendo-se no terceiro dos apontados acórdãos, à p. 613, *verbis*: “Se o entorpecente proveio do exterior,

penetrou no Brasil mediante operação de tráfico obviamente internacional, tráfico esse que não foi sequer apurado, e o entorpecente passou a ser comercializado no interior do Brasil, não se tem como cogitar do tráfico internacional na compra e venda que o traficante concretizou no Brasil mediante operação nitidamente local.

A tese que sustentam os Recorrentes poderá ensejar o seguinte absurdo: no Brasil, o entorpecente de origem estrangeira deve ser definido sempre como peculiar ao tráfico internacional, embora tenha sido objeto, posteriormente, de tráfico iniciado e consumado na jurisdição brasileira.

Não se deve confundir a origem estrangeira do entorpecente com o seu tráfico, pois este pode ser internacional e pode ser local.

Embora originário do exterior, pode o entorpecente ser objeto de tráfico nacional”.

E, como, na correta asserção do Min. Djaci Falcão, inserida no julgamento do AgRg no AI 74.173 do Estado do Rio Grande do Sul, in RTJ, 94/485, não há porque distinguir-se (para efeito de competência, especialmente) entre “a saída e a introdução do tóxico”, o entendimento versado no julgado transcrito se faz compreensivo, à evidência, também da focada *saída do entorpecente (para além das suas fronteiras) do Brasil*.

Daí porque, consumada a prática da infração à legislação penal material dentro dos limites territoriais de nosso país, *não há cogitar-se, em hipótese alguma, de tráfico internacional de entorpecente*.

6. Inexistência de tentativa

Nem, por outro lado, — deve ser, ainda, aduzido, — de *tentativa* do crime derradeiramente referido; e isso, pelo menos, por dois, e igualmente relevantes, motivos, a saber: a) em primeiro lugar,

porque, como antes explicitado, deve ter-se presente que o início de execução do cometimento delituoso relacionado com tóxico implica a sua *consumação*, de sorte a esgotar e exaurir a modalidade criminosa; b) ademais, inconcebível à toda, em matéria penal, delineia-se a consideração da mesma (*única*) atuação infringente da lei penal, concomitantemente, como *crime consumado* e *tentativa da prática de outro crime*.

No preambular enfoque, tendo-se o crime como *tentado*, em conformidade com o disposto no art. 14, II, do CP (com a redação da Lei 7.209/84), “quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”, assume real importância o estabelecimento da “zona limítrofe entre os momentos preparatório e executivo da infração penal”, sem o que exsurge o risco do recurso à analogia, inúmeras vezes prejudicial ao infrator (cf. Alberto Silva Franco, *Temas de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 54-55; e, com ele, Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, I/146).

Procurou o legislador nacional, à vista dessa relevante circunstância e ao contrário, *data venia*, do imaginado por alguns penalistas, fixar o ponto referencial da delimitação entre tais momentos do *iter criminis* com o denominado “*começo de execução*”.

E este, indubitavelmente, reflete-se na deliberada iniciação da consecução do evento pretendido, através de atuação inequívoca e idônea a atingi-lo. Ou, como enfatiza Enrique Cury Urzúa, *Tentativa y delito frustrado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1977, p. 64, naquela “atividade com a qual o autor, segundo o seu plano delitivo, se põe em relação imediata com a realização do tipo delitivo” (v., tb. Alberto Silva Franco, *Temas de Direito Penal*, cit., p. 58; Frederico Puig Peña, *Derecho Penal*, Barcelona, Impr. Claraso, 1944, t.

I, p. 259; Silvio Ranieri, *Manuale di Diritto Penale*, cit., I/393-394; Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Direito Penal português*, Lisboa, Verbo, 1982, parte geral, II/31; Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Arayú, 1953, pp. 356-357).

Em suma, e na precisa conceituação de Sílvio Ranieri, “*Delitto tentato si ha quando il delitto voluoluto dall' agente, che ne ha iniziata la commissione con atti idonei e intenzione non equivoca, rimane oggettivamente incompiuto o per il non compimento della condotta o per la non verificazione dell' evento*”.

Conseqüentemente, ao *começo de execução* do crime de *tráfico internacional de entorpecente* deve corresponder a efetiva caminhada ou trasladação do agente para o veículo ou outro meio de transporte que o faça ultrapassar as nossas fronteiras terrestres ou o espaço aéreo ou marítimo brasileiro. Enquanto isso não acontecer, ou seja, na mera expectativa do momento de entrar ou sair do país, cinge-se sua ação, obviamente, a *ato* ou *atos preparatórios*, que, como é notório, se não constituírem crime autônomo, são penalmente irrelevantes (cf. e. g., Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, cit., p. 91).

Entender-se de outro modo poderia configurar, *permissa venia*, o absurdo de vislumbrar *tentativa* no ato de viajar o agente para o exterior com a intenção de trazer, na volta, entorpecente (v., a respeito, Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. castelhana de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, parte geral, II/707)!...

Ademais, e como também já ressaltado, constituindo *crime os atos preparatórios* ou *de execução*, e integrando-se ele com todos os seus elementos, de sorte a consumir-se (cf. *RJTJSP* 90/512), *verbis*: “Nos crimes relacionados com tóxicos, evidenciando-se o *começo de execução*, já se tem o crime por consumado” (in “*Tóxicos — Questões*

Controvertidas”, Geraldo Gomes, in *RF* 282/67, in *JTACrim* 76/21, Ed. Lex), inconcebível resta, como assinalado, ter-se a mesma (única) ação como *tentativa da prática de outro crime* (cf., ainda, E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, cit., vol. 4º, pp. 53-54 e 83; e, entendendo-a de difícil ocorrência, Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, cit., p. 91; Celso Delmanto, *Tóxicos*, cit., pp. 19-20).

Não se pode deixar de ter em conta, a tal propósito, que nossa legislação específica, tradicionalmente, e seguindo uma das orientações legislativas adotadas no Direito Penal moderno (v., acerca destas, José Maria Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 83 e ss.), cuidou de *tipificação diversificada, múltipla e alternativa*, inclusive *superpondo núcleos*, como anota o ilustre penalista por último citado.

E, assim sendo, não há como cogitar-se da *pluralidade de crimes*, mas de *um só, excludente dos outros*, em qualquer das modalidades tipificadas no art. 12 da *Lei Antitóxica* (cf. *RT*, 599/306, 527/367; *RJTJSP*, 94/470; *JTACrim*, 64/38, 32/263).

É que, na realidade, são todos eles “verdadeiros tipos penais que describen un accionar humano con incidencia directa sobre un bien jurídico”; e, conseqüentemente, “no se trata de adelantar la punición con respecto al principio de ejecución de otro tipo, sino lisa e llanamente de un tipo autónomo que tiene su ejecución propia” (cf. Jorge R. Moras Mom, *Toxicomania y delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 124).

II — Competência da Justiça criminal do Estado de São Paulo

7. Excepcionalidade da competência da Justiça Federal

Isso tudo expandido, resta clarificado que, efetivamente, A. praticou infração penal consubstanciada no *porte pessoal*

de tóxico (“trazer consigo”), com destinação ao *comércio local* (“tráfico interno de entorpecente”), até porque a droga, vinda de Cacoal/RO, chegou até Cajamar/SP, ou seja, *foi transportada de um município brasileiro para outro município brasileiro*, dentro, portanto, dos limites territoriais de nosso País.

Conseqüentemente, a competência para o processo e julgamento da respectiva causa penal é dos órgãos jurisdicionais da Justiça Criminal do Estado de São Paulo.

Afiança-o, de modo inequívoco, remançosa jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, em que editada, a respeito, a Súmula 522, *verbis*: “*Salvo ocorrência de tráfico para o Exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo dos crimes relativos a entorpecentes*” (cf., ainda, *RTJ*, 130/242 e 257, 126/656, 112/1.104, 109/554, 100/68, 97/603, 65/667; *RT* 650/340, 595/471, 591/388, 587/371, 573/362, 557/320, 553/419, 551/307, 547/392, 531/399; *RJTJSP*, 96/420, 91/405, 83/425, 80/338, 71/283; *JTACrimSP*, 55/159).

E nem podia ser diferente, dado, precipuamente, que a *competência dos juízes federais*, estabelecida no art. 109, inc. V, da CR (identicamente à da Carta Magna anterior, art. 125, V, com a redação da Emenda 7, de 13.4.77), é explicitada com rigor; vale dizer, de *modo restritivo*, relativamente aos crimes cuja execução teve início no Brasil, mas o resultado se concretizou ou deveria concretizar-se no exterior; e, ainda, àqueles cuja execução teve início no exterior, mas o seu resultado se concretizou ou deveria concretizar-se no Brasil (cf. tb. *RTJ*, 97/613).

Daí porque, concretizada a prática da infração penal analisada em nosso País, não há como perquirir a possível (muito menos a efetiva...) concretização no exterior.

Aliás, como veementizado pelo saudoso Min. Rodrigues de Alckmin, no julgamento do HC 50.790, do Estado de São Paulo, in RTJ 65/668, tornou-se pacífico em nossa Corte Maior de Justiça o entendimento de que resultou a transcrita Súmula 522, a saber: "*Entorpecente. A ação delituosa restrita ao âmbito nacional deve ser julgada pela Justiça local. A competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes previstos em contrato ou convenção internacional verifica-se nos casos em que houver cooperação internacional entre os agentes do crime, ou quando este se estenda, na sua prática ou nos seus efeitos, a mais de um país (RTJ 43/117)*" (com grifos meus).

Nessa mesma linha de orientação, outrossim, tem-se precisado que, "Nos crimes de tráfico de tóxico, não havendo envolvimento de brasileiro com estrangeiro, ou se os efeitos desse crime não atingem mais de um país, não se aplica o disposto no art. 27 da Lei 6.368/76, sendo, portanto, os próprios tribunais estaduais os competentes para o seu exame e julgamento" (cf. RT 553/419); e, igualmente, que "A competência Federal é excepcional; e não é a simples circunstância da procedência ou origem da droga ou de seu transporte de um País a outro, que tipifica o tráfico internacional", que desloca a competência da Justiça Estadual" (cf. JTACrimSP, 55/159; e com grifos, uma vez mais, meus).

De resto, mais recentemente, e seguindo esse correto posicionamento pretoriano, o TRF da 3ª Reg., no julgamento da ApCrim 0002, em acórdão relatado pelo e. Juiz Jorge Scartezzini, deixou patenteado que: "... É cediço que o crime referente a Tóxico é predominantemente da competência do Estado, só extraordinariamente se dá a deslocação dessa competência para a Justiça Federal.

A linha divisória destas duas competências está em saber se há ou não tráfico internacional de drogas.

Por tráfico internacional entende-se quando existe envolvimento de mais de um país e por consequência é nacional o tráfico quando a atividade ilícita de movimentação da droga opera-se dentro do próprio país, ainda quando se trate de comércio interestadual. Esta orientação foi firmada pelo C. STF no julgamento do CJ 4.067-RJ.

Ressalte-se que a matéria encontra-se pacificada, é o que deflui da Súmula 522 daquela E. Corte.

O e. Min. José Dantas, em voto proferido na ApCrim 4.148-SP, assim manifestou-se: "deveras, tenho entendido com honroso apoio da 4ª T, que o tráfico internacional de entorpecente, para autorizar a competência da Justiça Federal, não se basta apenas pelo quadro factual traçado pela denúncia e considerado pela sentença se não for inteirado pela capitulação do crime do art. 12 necessariamente combinado com o art. 18 da Lei 6.368/76...

Penso, portanto, ser o caso do art. 74, § 2º, do CPP, de forma a que desclassificada a infração, seria de remeter-se o processo ao Juiz Estadual competente, já que inexistente graduação entre as jurisdições, pela qual se houvesse de prorrogar a competência do Juiz Federal para apenar o réu pelo crime de tráfico interno de entorpecente..." (in RJTRF — 3ª Reg. 2/137-138).

8. Inocorrência de conexão

Poder-se-ia objetar, no caso da consulta, a asserção fulcral do precedente n. 7, de ser competente a Justiça Criminal do Estado de São Paulo, e não a Justiça Federal, para conhecer e julgar a causa penal ora examinada, face à *conexidade* que se deliberou estabelecer entre os crimes de *tráfico de entorpecente* e de *falsidade* (falsidade ideológica e uso de documento ideologicamente falso) objeto da denúncia e, em parte, da sentença condenatória proferida em primeiro grau de jurisdição.

Em que pesem, todavia, as argumentações desenvolvidas com a finalidade de determiná-la, tenho como *inocorrente a conexão* alvitrada, pelos motivos a seguir alinhados.

Diferentemente do processo civil, em que a *conexão* decorre da *identidade de um de seus elementos objetivos*, quais sejam *objeto (petitum)* e *causa de pedir (causa petendi)*, consoante, inclusive, o disposto no art. 103 do Código de 1973, em vigor; no processo penal ela caracteriza-se tanto *subjetiva*, como *objetivamente*, e ainda por força de *nexo de instrumentalidade*.

É o que, unissonamente, proclama a mais autorizada doutrina, como pode ser verificado nos magistérios de Giovanni Leone, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Jovene, 1961, I/411-413; e *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 8ª ed., Nápoles, Jovene, 1971, pp. 163-165; Gian Domenico Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Pádua, Cedam, 1975 (rist.), pp. 313 e ss.; Eugenio Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. castelhana de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch, s/data, pp. 167-168; Gaetano Foschini, *Sistema del Diritto Processuale Penale*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1965, I/99 e ss.; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra ed., 1974, I/348-349; José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, São Paulo, Saraiva, 1953, pp. 286 e ss.; *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, 1965, I/273 e ss.; e *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, I/372 e ss.; Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, II/154; e *Curso de processo penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, I/p. 114; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, 2º/154 e ss.; Francisco Manoel Xavier de Albuquerque, *Aspec-*

tos da conexão, Manaus, Sérgio Cardoso ed., 1956, pp. 47 e ss..

Explica-o, clarificadamente, José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, cit., pp. 286-287, com expressa referência ao art. 76 do CPP, e a saber:

“A conexão pressupõe um laço ou liame que estabeleça a ligação entre as infrações praticadas e as pessoas nelas envolvidas. Esse nexo pode ser *intersubjetivo, objetivo e instrumental*.

A conexão intersubjetiva se apresenta sob três modalidades: a) conexão intersubjetiva *por simultaneidade*, se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas ao mesmo tempo, por duas ou mais pessoas reunidas; b) conexão intersubjetiva *por concurso*, quando duas ou mais infrações são cometidas por duas ou mais pessoas em concurso, embora em tempo e lugares diversos; c) conexão intersubjetiva *por reciprocidade* quando as infrações são cometidas por várias pessoas, umas contra as outras.

Todos esses casos de conexão intersubjetiva estão capitulados e discriminados no art. 76, n. I, do CPP.

Na conexão objetiva há sempre um laço causal teleológico, na ligação entre as diversas infrações: ou umas são praticadas *para* facilitar as outras, ou *para* ocultá-las, ou então *para* conseguir vantagem em relação a qualquer delas (art. 76, II).

A conexão instrumental é a de que trata o art. 76, III; quando a prova de uma infração, ou de qualquer de suas circunstâncias elementares, influir na prova de outra infração, haverá conexão”.

Não havendo, outrossim, porque cogitar de *continência*, ante a afirmada *materialidade* do concurso de crimes, com a explícita indicação do art. 69 do CP na denúncia (e tal, encampada pela sentença condenatória), tem-se, sem nenhum esforço de raciocínio, que a *vis atractiva*, determinante da competência

da Justiça Federal, só poderia verificar-se, no caso da consulta, em virtude da *conexão objetiva*, e, especificamente, para que uma infração penal (*uso de documento ideologicamente falso*, absorvente da *falsidade ideológica*) *facilitasse a prática da outra (tráfico de entorpecente)*.

Ora, basta a leitura da denúncia e da sentença, para que se certifique o leitor, de pronto, *primo ictu oculi*, da *inocorência de conexão*.

A primeira das indicadas peças assevera, em dois diferentes momentos, que A., irmão do então Deputado Federal pelo Estado de Rondônia Jabes Rabelo, “logrou obter uma carteira funcional de Assessor da Câmara dos Deputados, documento este ideologicamente falso, mas que tem o endosso do irmão deputado”(item 2); e, chegando ele a São Paulo, com outros denunciados, “hospedaram-se no hotel denominado “Colúmbia”, situado na rua dos Timbiras, n. 492, às 19,15 h. do mesmo dia, oportunidade em que A. ostentou a sua falsa condição de assessor, conforme se depreende da ficha de fls. 23” (item 4).

E a outra afirmou que o *falsum* “está plenamente caracterizado. O réu assinou o documento e após sua fotografia, o que perfaz, na sua inteireza, o documento inidôneo. Utilizou-se do mesmo na recepção do hotel ostensivamente para preencher a ficha do registro. Tanto o exibiu, como conseguiu a promessa de desconto. Ademais, até quando da prisão a utilização foi feita, sem sucesso”.

Dai, e certamente, também, pelo fato desse derradeiro ponto, focalizado na última frase, não constar da proposição acusatória, a sua condenação, pelo uso do *falsum* na recepção do hotel”, quando do preenchimento da ficha de registro, “testemunhado, ante a ostensividade do evento, que, inclusive, deu margem à obtenção de possibilidade de desconto no preço”. E somente pelo *uso*, ante a absorção, por ele, da *falsidade*; até

porque: “Prevalece a finalidade, que é o uso, após a contrafação. O antecedente só existe, porque o sujeito ativo tem em mente usar o documento” (cf. item II b.1 da sentença, e com alusão às RTJ 114/1.064; e RT 604/351).

Consonante com a orientação corrente e correta (v., ainda, Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 177; *RJTJSP* 119/509), essa transcrita asserção peca, entretanto, pelo equivocado vislumbre de ter sido utilizado documento ideologicamente falso para facilitar a prática do crime de tráfico de entorpecente: *não há, realmente, como estabelecer um “laço causal teleológico” entre a pretensão de obtenção de desconto no preço da diária de hotel com o transporte de substância entorpecente de um lugar para outro, que não a mencionada hospedaria*.

O que mais poderia ter acontecido, a propósito da aludida pretensão de vantagem indevida, seria a prática de crime de *estelionato*, *abrangente*, por sua vez, *do de uso de documento ideologicamente falso*, e de que a vítima só poderia ser a *pessoa física ou jurídica exploradora da atividade hoteleira*, prejudicada pela atuação do agente (cf., a respeito, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, II/245; RT 553/546, 543/348, 538/332, 532/326, 516/376; *RJTJSP* 119/509, — precisando o autor citado, *verbis*): “... é irrelevante que, na progressividade do fato delituoso, tenham sido atingidos, aparentemente, tipos distintos, um contra a fé pública e outro contra o patrimônio. O que deve preponderar são os fatores que informam a unidade da ação ilícita, sob o aspecto finalista”.

E, evidentemente, a competência para o conhecimento e julgamento da respectiva causa penal é, por igual, da Justiça Criminal do Estado de São Paulo; em consonância, inclusive, com a orienta-

ção pretoriana que se vai firmando em nossos tribunais (v., e. g., *RT* 628/304, 647/371, 649/266).

No primeiro dos apontados acórdãos (em que colacionados outros, publicados na *RTJ* 66/384; e na *RJTFR*, 51/10, 69/59), transcreveu-se parte de voto precedente do ilustre Des. Onei Raphael, que merece repristinação, e a saber: “Não será, porém, esse interesse abstrato da União na proteção à fé pública que acarretará o surgimento da competência da Justiça Federal, a pretexto de encontrar-se caracterizada uma hipótese de crime cometido a detrimento de “interesses” da mesma. Se assim se pensasse, seria inarredável que todos os *crimina falsi* pertenceriam à esfera de competência da Justiça Federal, pois todos são lesivos à fé pública, ainda quando incidam, v. g., sobre documento particular”.

E no segundo, do Supremo Tribunal Federal, ressaltou, em seu voto condutor, o e. Min. Paulo Brossard, que, como “o crime de uso de documento falso só se consuma no momento que o documento é apresentado à pessoa destinatária da conduta delituosa, e em detrimento da mesma, verifica-se pelo que consta dos autos que o crime foi praticado em detrimento de outras pessoas, e não da União. Assim, não ocorre nenhuma das três hipóteses que implicam no deslocamento da competência para a Justiça Federal, segundo a previsão do art. 109, IV, da CF”.

Exatamente — deve ser complementado, — como ocorre no caso da con-

sulta, em que nada justifica o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

III — Conclusão

9. Resposta à consulta formulada

Dado todo o expendido, e tendo ainda como irrepreensível o posicionamento doutrinário sintetizado por Aristides Junqueira Alvarenga na monografia intitulada *A competência criminal da Justiça Federal de primeira instância*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 50 e ss., respondo à consulta formulada convicto da *incompetência absoluta* da Justiça Federal para o conhecimento e julgamento da causa penal analisada.

Por via de consequência, apresenta-se o respectivo processo eivado de *nulidade*, que se irradia, obviamente, à sentença condenatória contra a qual interposta a apelação prestes a ser julgada, e cuja declaração se torna imperativa, na forma delineada em acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na *RTJ* 131/1.131, *verbis*: “Decisões que emanem de Tribunais locais, com inobservância das normas de competência referidas, constituem atos destituídos de qualquer validade jurídico-processual (CPP, art. 567) e traduzem, quando gravosas ao *status libertatis* das pessoas, situações configuradoras de injusto consurgimento”.

Esse o meu parecer, s. m. j..

São Paulo, 27 de julho de 1992.

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CASO PONTES VISGUEIRO

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná

“Vistos os autos crimes, e devidamente examinados a accusação, a defesa, o interrogatório, testemunhas inquiridas e mais provas do processo:

“Attendendo a que por taes provas, e até pela confissão livre e expontanea do réo, está plenamente provado ter elle matado no dia 14 de agosto ultimo a Maria da Conceição, pela fórma articulada no libello á fls.;

“Attendendo a que, entre o designio, formado pelo réo, de commetter o crime e o acto de commettel-o mediáram mais de 24 horas, o que é evidente em face dos depoimentos e declarações de fls. e fls.;

“Attendendo a que o réo, para vencer a repugnancia e receio que Maria da Conceição mostrava de ir á sua casa, procedeu com fraude, empregando affagos e excitando-lhe o interesse por promessas falsas, como se vê de fls.;

“Attendendo a que no réo havia superioridade de sexo, força e armas, de maneira que a offendida não podia repellir a offensa;

“Attendendo a que o réo foi impellido por um motivo reprovado, considerada a natureza torpe de suas relações com Maria da Conceição;

“Attendendo que o delicto foi cometido com surpresa, lançando-se o réo e seu cumplice sobre Maria da Conceição, e ferindo-a o réo quando ella descuídosa entrava no quarto, onde elle dissera o mesmo réo estarem os presentes que elle lhe promettêra;

“Attendendo, finalmente, a que, pelos mesmos depoimentos e interrogato-

rios, está plenamente provado que entre o réo e a assassinada tinha deixado de existir a confiança mútua que naturalmente se presume entre dois entes, que se amam ou prezam, manifestando ella, aliás, mêdo e receio de que elle a quizesse offender, em vingança de não lhe guardar fidelidade em suas relações illicitas e consequentemente que não podia o réo abusar de uma confiança que já não existia;

“Attendendo igualmente a que o convite feito a Guilhermino para dar uma surra em Maria da Conceição, sem nunca lhe revelar o designio de mata-la, não póde ser considerado ajuste para commetter este delicto, nos termos do art. 16 § 17:

“Julgam o réo incurso no art. 193 do Codigo Criminal e o condemnem na pena de galés perpetuas, gráo maximo, por concorrerem as circumstancias aggravantes mencionadas no art. 16 §§ 4º, 6º, 8º, 9º e 15, pena que será substituida pela de prisão perpetua com trabalho, nos termos do art. 45, § 2º, do mesmo Codigo, por ser o réo maior de sessenta annos, e nas custas.

“Rio de Janeiro, 13 de maio de 1874.

“Brito, presidente — Simões da Silva, relator sem voto — Marianni — Leão — Cerqueira — Barbosa — Villares — Valdetaro — Couto — Costa Pinto”. (Ac. un. do Supremo Tribunal de Justiça, em Evaristo de Moraes, *O Caso Pontes Visgueiro*, Ariel Editora Ltda., RJ, 1934, p. 179).

COMENTÁRIOS

1. José Candido de Pontes Visgueiro, Desembargador da Relação¹ do Maranhão foi processado, julgado e condenado pelo homicídio de sua amante Maria da Conceição, dita *Mariquinhas*, fato ocorrido em São Luís do Maranhão, aos 14 de agosto de 1873.

A história do *fantástico crime* e a biografia de seus protagonistas foram analisadas por Evaristo de Moraes que selecionou o caso como o primeiro de uma série que deliberou “evocar e commentar”. No livro que escreveu a respeito (cit. acima), o imortal criminalista considerou o julgamento como um “erro judiciário que enviou para a Correção uma creatura irresponsavel” (p. 8). A obra foi dedicada à memória do juiz-criminólogo Francisco José Viveiros de Castro, que, segundo o autor, foi o primeiro a vislumbrar a causa mórbida no crime de Pontes Visgueiro.

2. Alguns comemorativos sobre a vida do réu e antecedentes do homicídio devem ser feitos. Nasceu ele na Vila de Maceió, da então Comarca de Alagoas, vinculada à Província de Pernambuco, em 13 de outubro de 1811. Já aos 18 meses foi acometido de uma febre maligna, não falando e nem ouvindo até aos cinco anos de idade. Recuperadas a voz e a audição veio, porém, a ensurdecer aos quinze anos. O problema se manteve na adolescência sobrevivendo, aos quarenta anos, a surdez definitiva.

Durante um tempo de sua juventude estudara em um Seminário de Olinda mas não seguiu a carreira eclesiástica. Em 1830 ingressou na Academia de Direito da mesma cidade. A oposição paterna ao seu casamento com moça de família distinta em Maceió, transferiu-o para a Academia em São Paulo, onde se bacharelou no ano de 1834. Antes de diplomado, já tinha sido eleito Deputado Provincial. Formado, entrou para a magistratura. Foi juiz de Direito em

Maceió. Candidatou-se à deputação geral para a legislatura de 1838-1841, representando Alagoas juntamente com outros quatro eleitos, também magistrados. A sua atuação na Câmara foi destacada, bem como foi elogiada a sua independência frente aos poderosos de ocasião, como ficou claro em seu discurso de 20 de maio de 1840: “Só quero estar bem com minha consciência e não com governo algum — declaro-o alto e bom som. Eu disse, desde a primeira vez em que me sentei na casa: ninguém se fie em mim, hei-de só votar por aquilo que fôr justo; nada ha contra a minha maneira de pensar que me obrigue a fazer o contrário”.² Nos anos de 1848 a 1857, retomou as funções judiciárias, exercendo a magistratura na Província do Piauí. Ao ascender ao cargo de Desembargador, com exercício no Maranhão, estava totalmente surdo. Era, portanto, tortuoso, quando não infrutífero, o esforço de seguir os debates e responder aos colegas. Para superar tal dificuldade, o Governo imperial ofereceu-lhe o cargo de fiscal do Tribunal do Comércio da Província do Maranhão, cujo desempenho seria possível apesar da surdez. E assim ocorreu como se verifica pela carta dirigida pelo Ministro da Justiça, Francisco Paula de Negreiros Sayao Lobato, datada de 3 de novembro de 1861. Dez anos mais tarde, em documento oficial, o presidente do Tribunal do Comércio do Maranhão, atestava que o desembargador Pontes Visgueiro vinha exercendo os cargos de fiscal e de adjunto do Tribunal, “com distincção, por ser magistrado intelligente e probo.”³ Quanto à vida pública, portanto, nenhum registro comprometedor existia.

Relativamente à conduta privada e até meados de 1872, não havia notícia desabonadora que pudesse afetar o Desembargador no conceito que desfrutava na capital maranhense. Continuava celibatário, porém, tinha família em São Luís: uma filha natural que reconhecera,

casada com o Desembargador Basilio Quaresma Torreão e duas netas, também casadas.

3. Em junho de 1872, Pontes Visgueiro iniciou o relacionamento com Maria da Conceição que, então com 15 ou 16 anos, já havia granjeado o apelido de *Mariquinhas Devassa*. O Desembargador a conheceu quando ainda era uma criança, pedindo esmola nas ruas.

Contrariando o estilo de comportamento recomendado em tais circunstâncias, Pontes de Visgueiro não mantinha segredo de sua aventura sexual. Ao reverso, a exibia “com todas as características de paixão desvairada e surtos freqüentes de atroz ciúme. Visitava Maria da Conceição a Pontes Visgueiro, quer de dia, quer de noite. Não raramente, dormia em casa delle. E elle não se vexava de procural-a nas casas de compaheiras de devassidão, *para onde ella marcava encontros com diversos amantes*. Pelo que se depreheende do processo, a mãe-proxêneta, tirando proveitos seguros da amasiação da filha com o rico desembargador, reprovava as outras ligações... Demais, as manifestações de amor e de zelos por parte de Pontes de Visgueiro eram tamanhas que Luiza Sebastiana de Carvalho, mãe de *Mariquinhas*, tinha motivos para crêr que elle se casasse com a filha! Si delle ouvira phrases como esta, dirigida á rapariga: “*Minha filha, conserva-te por uns dias que eu caso contigo*”.⁴

4. A *louca paixão* e outros componentes anímicos iriam pintar com cores trágicas o quadro vivido pelo Desembargador psicopata e a infeliz rapariga. Manifestações públicas de ciúme obsessivo e escândalos sociais coroavam o triste espetáculo de *amor proibido* que a sociedade maranhense assistia constangida. Assim ocorrera, por exemplo, em 1872, por ocasião da festa de Nossa Senhora dos Remédios, quando Pontes Visgueiro, encontrando *Mariquinhas* a conversar com um oficial do Exército,

atirou-se contra ele, “em louca exaltação”, como conta Evaristo de Moraes, em seu livro (p. 25).

No começo de 1873, o drama da infidelidade se agravou com o furto de algumas centenas de mil réis ocorrido em sua residência. A suspeita apontava em direção a *Mariquinhas*. O Desembargador pensou em dar uma surra na amante e para isso incumbiu o tenente Antonio Feliciano Peralles Falcão de arranjar alguém para executar o *serviço*.

Para fugir daquela opressão pessoal e dos comentários dos parentes, amigos e vizinhos, Pontes Visgueiro viajou para o Piauí. Mas não ficou lá muito tempo. Retornou em julho a São Luís e trouxe consigo o pardo Guilhermino Borges, homem forte, com 30 anos de idade. Renovaram-se os encontros com Maria da Conceição que freqüentemente dormia na casa dele.

Outros indícios comprometedores — e que o processo iria recuperar — foi a encomenda de um caixão de zinco ao funileiro Antonio José Martins de Carvalho e outro, de cedro, ao carpinteiro Boaventura Ribeiro de Andrade. Em declarações judiciais afirmaram ambos ter reconhecido os caixões expostos na polícia e que foram utilizados para tentar ocultar o crime. O cadáver, “horriavelmente mutilado — conforme o comprovou auto de corpo de delicto — no caixão de zinco, soldou-lhe Pontes Visgueiro, *tant bien que mal*, a respectiva tampa, encerrando-no no caixão de cedro”.⁵ Também vieram aos autos outros elementos de prova muito comprometedores. O Chefe de Polícia do Piauí comunicara que em Teresina, o Desembargador adquirira certa quantidade de clorofórmio e pretendia a fabricação de um caixão, num estabelecimento de formação profissional.

5. A execução do projeto criminoso ocorreu naquele fatídico 14 de agosto de 1873. *Mariquinhas* foi à casa de Pontes Visgueiro aproximadamente às duas

horas da tarde. Estava em companhia de sua comadre Thereza de Jesús Lacerda, com quem morava. Serviram-se doces tendo após o Desembargador manifestado o interesse de conversar a sós com a amante. Afirmou que tinha um presente para lhe dar. *Mariquinhas* presentira algo de ruim, tanto que puxava pelo vestido de Thereza, demonstrando que pretendia ficar ao seu lado. No entanto, as duas se separaram, marcando um encontro para o jantar.

Visgheiro em seguida foi ter com Guilhermino, num quarto do pavimento térreo da casa. Em seu interrogatório judicial este disse que o Desembargador veio à sua procura e falou: “Guilhermino, quero dar uma surra em uma mulher e quero que a agarres, porque quero amordaçal-a e dar-lhe uma sóva, por me ter feito muitos desaforos”. Nada respondeu-lhe. O desembargador subiu. Pouco depois de uma hora, voltou, e disse-lhe: “a mulher está ahi, acompanha-me”. “Shairam do quarto, e, ao subirem a escada, o desembargador mandou que elle tirasse as botinas e andasse de mansinho, atraz delle. Guiou-o o desembargador até um quarto onde se achava uma moça sentada em um bahu, e, agarrando-a com a mão esquerda pela guella, com a direita puxou uma toalha, que estava em um armário, lançou-a na boca da moça, dizendo: “Eu não te disse que te dava um *conhecimento*?”. Prossegue Guilhermino contando que por ordem do Desembargador segurou com a mão direita a toalha que estava na boca da vítima e, com a esquerda, o seu ombro. O Desembargador tirou do bolso um vidro que desenvolveu com a boca e derramou o líquido que continha dentro do nariz da moça. Ela desfaleceu. Foi quando o seu patrão pediu que Guilhermino se retirasse. O Desembargador fechou a porta a chave. No interior do quarto havia barulho de bater de pé e Guilhermino chegou a ouvir: “Meu bem, não me mates”. Depois, “foi pouco a

pouco cessando o barulho, abriu-se a porta e apareceu-lhe o desembargador com um punhal na mão, todo ensanguentado, dizendo-lhe: “Guilhermino, a raiva foi tamanha que não pude deixar de mata-la; agora, vamos tratar de encobrir o crime”. Achava-se elle nos trajes com que havia entrado no quarto, em mangas de camisa, com calça de riscado. Mandou que penetrasse no quarto. Viu Maria da Conceição estirada no meio do soalho com os pés para a porta e a cabeça para a parede. O desembargador foi sobre ella, mordeu-a no peito e deu-lhe uma punhalada no lado opposto ao que ella já tinha outra, e ella ainda abriu a boca. Puxou o desembargador um caixão grande, que estava ali encostado, e os dois lançaram o cadaver dentro, o qual ficou com as pernas da parte de fóra e a cabeça um pouco inclinada. Tendo elle ido buscar, por ordem do desembargador, uma lata de cal, que estava na sala de jantar, e comprar, com 2\$000, que elle lhe deu, solda e ferro de soldar, encontrou, voltando, a perna do cadaver amarrado á côxa com uma corda, que, depois, o desembargador cortou para pôr a perna em condições de decepal-a, como fez, afim de melhor arrumar o cadaver no caixão, o que foi feito, enterrou um trinchete no ventre do cadaver”. Esta foi a narrativa do cúmplice do delito.⁶

6. Era pensamento inicial do Desembargador conservar o caixão no armário da sala de jantar e, passados uns seis meses, levá-lo consigo para as Alagoas a fim de enterrá-lo convenientemente. Mas, raciocinando em sentido contrário, deliberou fazer o enterro no fundo do quintal. Para tanto valeu-se da colaboração de seu fiel e desesperado compadre Amancio José da Paixão Cearense. Embora sentindo repugnância pelos detalhes da execução do crime, Amancio completa o serviço de solda do caixão de zinco, conforme declarou em

juízo: “À noite volta para sua casa, não pôde conciliar o somno. Pela manhã, quando, recostado sobre a rede, tendo parte della cobrindo seu corpo, uma mão lhe tira a rede de cima, e ao abrir os olhos, reconhece o desembargador Pontes Visgueiro, que está na sua vista. Nessa ocasião sua mulher traz ao seu compadre o seu afilhadinho, que estava com um tumor; o desembargador ainda aconselha que não o fure, antes deixe vir á supuração; e logo após, estando a sós com elle, o exhorta, em nome da mais viva amizade, para que o salvasse, indo, uma segunda vez, pois lhe parecia que o caixão exhalava mau cheiro. Ainda a voz da amizade o faz ir á casa do desembargador, e, ahi chegando, viu pela primeira vez, Guilhermino. Mandou a este que cheirasse por onde sahia o mau cheiro; á medida que este lhe designava um orifício, o soldava”.⁷

7. No início de setembro o inquérito chegou às mãos do Ministro Joaquim Marcellino de Brito, presidente do Supremo Tribunal de Justiça.⁸ Foi designado relator do feito o Min. Antonio Simões da Silva, que desde logo decretou a prisão do réu. A ordem foi cumprida quando o Desembargador chegou ao Rio de Janeiro, pelo vapor *Paraná*. Respondendo ao delegado de Polícia que o prendeu, Pontes Visgueiro declarou que matara Maria da Conceição “porque a amava muito”.

Por ocasião do interrogatório, foram os advogados de defesa que redigiram as perguntas e transcreveram as respostas a lápis, pois o réu estava completamente surdo. Após a inquirição das testemunhas em São Luís, por intermédio de um Juiz de Direito, o próprio acusado assinou a sua defesa, falando na primeira pessoa, embora as evidências de que o trabalho era obra dos advogados. A autoria fora reconhecida, porém negada a ocorrência de circunstâncias que, nos termos do art. 192 do

Código,⁹ permitiriam, no grau máximo, a aplicação da pena de morte; de galés perpétuas no médio e de prisão com trabalho por vinte anos, no mínimo. Tais circunstâncias eram as previstas no art. 16, ns. 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14 e 17.¹⁰ Quanto ao mérito, a defesa sustentava a existência de um “*estado de desarranjo mental*” e assim concluiu a sua exposição: “Provado esse desarranjo, ficará cabalmente reconhecido que o homicídio, cuja realização aparentemente me nivelou com o mais cruel scelerado, não foi filho da perversidade e da degradação moral, mas das ultimas consequências do mais violento ciúme, inspirado por uma mulher perdidíssima. Nem de outro modo se comprehendem os horrores que, por desgraça, acompanharam e seguiram immediatamente a tragica scena, nunca assaz lamentada. Certo, com a razão calma e sã, com a vontade plenamente livre, eu não teria, de um momento para outro, me precipitado no infimo dos abysmos do crime, perdendo para sempre os puros contentamentos de uma vida tão longa em annos como em precedentes honrosos”.¹¹

A acusação pública era representada pelo Conselheiro Promotor de Justiça, Francisco Balthazar da Silveira, que exercia as funções de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional. Opinando sobre a prova e a defesa, o acusador afirmou: “Com a força resultante dos autos, não se podia deixar de ter o *desventurado* réo como incurso no art. 192 do Código Criminal”. E repeliu a alegação de “*desarranjo mental*”, argumentando com o estado de calma demonstrado pelo homicida após o delito, praticado com tal “*cortejo de horrores*”.¹²

8. Com a pronúncia, vieram o libelo e a sua contrariedade. Demonstrando o vigor da tese central, a defesa sustentou no 5º “*provará*”: “Em vez de agravante, a paixão escravizadora do réo, si não fôr, afinal reconhecida como uma das

provas de sua aberração mental no momento do delicto, é, pelo menos, parte atenuante, porquanto evidencia que elle obrou sob a violencia de um amor tanto mais cego quanto era exercido sobre um homem dotado da constituição do réo, totalmente surdo e por isso concentrado em si e sem as distracções beneficidas da sociedade, devendo ter-se, tambem, em conta essa paixão não o levava a attentar contra o pudor de uma virgem, nem contra a honra de uma família, sendo, como era, Maria da Conceição uma mulher perdida, que voluntariamente se entregava ao réo, com o consentimento e proveito de sua mãe, não casada”.

Como disse muito bem Evaristo de Moraes, “neste *provará*, déra mostras a defesa de intuição scientifica muito superior á que se poderia esperar em um trabalho juridico de 1874... Estava nelle, em Synthese, a argumentação depois desenvolvida perante o Tribunal”.¹³

9. O julgamento teve mais de uma sessão. A primeira ocorreu em 9 de maio de 1874, com a leitura do processo e inquirição de testemunhas arroladas na contrariedade ao libelo e residentes no Rio de Janeiro. Limitaram-se elas a falar sobre as boas qualificações do réu e seus antecedentes dignos de consideração, como cidadão e magistrado.

Vários documentos emitidos por qualificadas autoridades públicas atestavam a excelente conduta funcional e moral do acusado.

O Conselheiro Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, pediu a aplicação da pena de morte, por estarem, segundo ele, configuradas as agravantes do tipo qualificado de homicídio, previsto pelo art. 192 do Código. A defesa foi representada pelo advogado Franklin Américo de Menezes Doria, futuro Barão de Loreto, deputado em mais de uma legislatura, íntimo do Imperador e apontado como um de seus colaboradores em escritos poéticos.

Produziu belíssima peça oratória. Vale transcrever algumas passagens: “Senhores, este homem não é o monstro que a sociedade pintou. Não; elle não sahio do mundo sombrio dos malfiteiros, com o coração empedernido pelo vício e pelo crime. Não; o desembargador Pontes Visgueiro é um desgraçado, cuja honra foi posta à prova durante uma longa existência de 62 anos, e que no occaso da vida, de um momento para outro, succumbiu a uma paixão impetuosa e tyrannica, que lhe eclipsou essa luz divina, que irradia o espirito do homem, e se chama consciência”. (...) “Se a sua estrella lhe tivesse deparado uma esposa, uma mulher, que soubesse espalhar ao redor d'elle todos os encantos da terra, que lhe fosse amiga e conselheira, que o sustentasse no desalento, que o consolasse na afflicção e que até o guiasse nos seus desvios, quem sabe? É muito provável que elle não tivesse amado á nenhuma outra mulher. Mas elle foi sempre celibatário, e eis a razão principal porque se inclinou a varias mulheres, e finalmente a essa, que o perdeu, á Maria da Conceição”. (...) “O homicidio que elle praticou é um facto unico e isolado em toda sua vida. A este respeito, permitti-me lêr a seguinte passagem: ‘O crime é um facto isolado na vida do accusado, pergunta Casper, ou antes se devia contar com elle á vista do procedimento anterior, e é apenas o resultado de esperanças criminosas? Este ponto é importante a verificar, porque é raro que um homem, que durante toda a sua vida foi fiel á honra, mude subitamente de proceder, salvo se é impellido por circumstancias psychologicas, provenientes já de uma molestia mental, já de uma violenta paixão; circumstancias que, no momento em que elle commette o crime, lhe tiram mais ou menos a liberdade de escolha de proceder’ (*Casper, Traité pratique de médecine légale*, trad. francesa de Baillié, 1862, p. 259). Não

se póde, portanto, procurar uma explicação natural para o homicídio arguido ao Sr. desembargador Pontes Visgueiro, senão em um desarranjo mental produzido pela paixão". (...) "Muitos daquelles mesmos que admittem as paixões como causa dirimente de criminalidade, não as acceitam, neste sentido, senão verificada a legitimidade dos motivos de taes paixões. No conceito delles, se a paixão é reprehensível por sua natureza, e se não foi combatida devidamente, não pode servir de escusa ao acto a que arrastou. Mas semelhante restricção é insustentável como contraria á doutrina do direito criminal acerca da imputabilidade. A imputabilidade, como sabemos, é a responsabilidade criminal de um acto resolvido e praticado na plenitude da liberdade moral. O motivo, pois, licito ou reprovado de uma paixão, quando ella aboliu momentaneamente a consciencia, não é objecto da alçada da justiça social, á cuja sanção até escapa. Esse motivo refere-se ao merito e demerito do individuo, pertence exclusivamente ao fôro interno. Assim, quando a paixão suprime passageiramente a liberdade moral, a justiça não tem que indagar qual a natureza dessa paixão, e se o individuo que no paroxismo della commetteu um crime, a combateu ou acolheu sem resistencia. Em tal caso, o que importa á justiça é saber se o agente criminoso obrou sciente e livremente, com imputabilidade; por outra, se elle possuia a possibilidade psychologica de medir todo o alcance do seu procedimento. Com a autoridade da sciencia, pois, ficam estabelecidos estes dois pontos preliminares: que as paixões pódem determinar momentaneamente a supressão da vontade livre; e que, quando produzem este effeito, não é lícito, deante da medicina legal, apreciar a moralidade da causa de que provieram".¹⁴

10. Como observou Evaristo de Moraes, em seu livro escrito há quase sessenta anos, a exposição da defesa

continha elementos de grande validade científica e que se mantinham no tempo como verdades irrecusáveis. O advogado Franklin Doria enfrentara com muita segurança as agravantes para negá-las, uma a uma. A voz de mulher, que poderia despertar no ânimo do homicida o sentimento generoso, não foi por elle ouvida. Guilhermino escutou a vítima suplicar: "Meu bem, não me mates". Mas o réu era surdo.

Com a palavra, novamente, o defensor: "Oh! Á essa voz, que apiedára as feras, vae sem duvida cair-lhe da mão o punhal, cuja lamina já brilha nos ares. Mas elle está condemnado perpetuamente a não ouvir; não podia ouvir essa voz... e Maria da Conceição morreu!".

Foram lúcidos, claros e muito consistentes os argumentos da defesa opondo-se às agravantes da reprovação do motivo, do abuso de confiança, da premeditação e outras. O acusado poderia ter sepultado o corpo da vítima no mar, próximo de sua casa ou jogá-lo no canal profundo de um rio que corria perto. Preferiu, no entanto, a custa de horribéis mutilações, encerrar o cadáver dentro do caixão de zinco com solda em todos os buracos. Com isso estava conservando por algum tempo intacta a matéria cuja putrefacção seria mais rápida sem aquele recurso mórbido. Disse o réu para o seu compadre Amancio Cearense que pretendia levar o cadáver encerrado na caixa de zinco para Alagoas, passados uns seis meses. Como bem argumentou o advogado: "Ora, elle não faria semelhante raciocinio, elle, um homem illustrado e experiente, se estivesse na integridade de sua razão. A escolha do lugar em que foi depositada a caixa, até sua ulterior remoção para Alagôas, tambem indica uma concepção delirante. Onde guardou o accusado o caixão de zinco? Em alguma casa de confiança, em algum lugar escuso, recondito de sua propria casa? Não; collocou-o em um dos logares mais patentes e freqüentados

de sua habitação, na sala de jantar, em um armário, por detraz de alguns livros acumulados. Assim, a policia, que apenas soube do desaparecimento de Maria da Conceição, se apressou em dar uma busca em casa do acusado, descobrindo aquella caixa com a maior facilidade".¹⁵ E a respeito da calma demonstrada pelo réo após cometido o homicídio, a defesa ponderou com base em casos antológicos que se houve um crime, o homem no uso de sua razão não pode ficar calmo; calmo fica somente o louco.

11. O Código Criminal do Império dispunha pelo art. 10: "Também não se julgarão criminosos: (...) § 2º. Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lucidos intervallos e nelles commetterem o crime".

Um Acórdão da Relação de Ouro Preto, de 20 de outubro de 1875 afirmara que a comprovação da loucura não era possível através de justificação com testemunhas, por se tratar de um "Phenomeno psychologico e physiologico que só a sciencia pôde determinar, sendo o medico o unico competente para esse exame". Insurgindo-se contra tal orientação, o Desembargador V.A. de Paula Pessoa ponderou: "Ha questões que os homens da sciencia podem esclarecer com as luzes da pratica e da experiencia, mas que muitas vezes não podem ser resolvidas senão pelo exame consciencioso de cada facto individual".¹⁶

A expressão *louco de todo gênero* foi adotada pelo Código Civil para indicar uma das hipóteses de incapacidade absoluta (art. 5º, II). Trata-se de designação correspondente ao tempo de promulgação do diploma (1º.1.1916) e do estado então precaríssimo dos estudos sobre as perturbações psíquicas. É certo que as investigações sobre a "poderosa pulsão sexual", a libido, somente viriam a ser teorizadas nos primeiros anos do Século XX, a partir de Freud¹⁷ muito embora Kraft-Ebing tenha publicado a sua *Psychopathia Sexualis* em 1886 e

marcado um grande êxito editorial, um clássico instantâneo nos estudos sobre os estudos científicos da perversão.

Três anos após o crime do Desembargador Pontes Visgheiro, a literatura jurídico-criminal seria enriquecida com a primeira edição da obra máxima de Cesare Lombroso, *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alle Discipline carcerarie* (Milão, 1876). E dezessete anos mais tarde, o Código Penal da Primeira República brasileira¹⁸ acolhia entre as causas de exclusão da criminalidade "os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime" (art. 27, § 4º).

Esta fórmula foi duramente criticada. Carvalho Durão, por exemplo, afirmou que o estado de completa privação de sentidos e da intelligência era incompatível com a atividade psíquica e psíquica anormal necessária para que houvesse um ato sobre cuja imputabilidade moral ou jurídica se tivesse de pronunciar qualquer decisão. "Que a these só comprehendia o cadaver, o corpo inerte e sem vida, incapaz de gesto ou acto imputável physicamente".¹⁹ Em artigo publicado na *Revista de Jurisprudência*, 2/374 e ss. Baptista Pereira, na condição de redator do Código de 90, veio esclarecer que o dispositivo não correspondia ao texto original; que em vez de "privação dos sentidos e da intelligencia", a redação primitiva era "perturbação dos sentidos e da intelligencia". Com efeito, o legislador brasileiro inspirou-se no modelo bávaro de 1813. Aquele Código declarava isento de pena quem praticasse o fato "em uma perturbação qualquer dos sentidos e da intelligência, não imputável ao agente, e durante a qual este não tivesse tido a consciencia do fato ou de sua criminalidade" (art. 121, § 9º).

O Dec. 4.780, de 27.12.23, em seu art. 38, assim reformulou o texto do nosso diploma: "No art. 27, § 4º do

Código Penal, em vez de “privação”, leia-se “perturbação”.

Com o prestígio alcançado pelo Código Rocco (19.10.1930) perante a legislação penal dos países latinoamericanos e, em especial junto ao Brasil ao tempo da ditadura do *Estado Novo* (1937-1945), aquela cláusula salvatória seria repudiada com vigor. O art. 90 do *Codice* que traz também o autógrafo de Benito Mussolini, declara: “(*Stati emotivi o passionali*) Gli stati emotivi o passionali non escludono nè diminuiscono l'imputabilità”. Tal modelo fez escola entre nós. Mesmo antes de se converter em lei o Projeto Rocco, que continha a mesma disposição acima transcrita, impressionou o nosso Desembargador Sá Pereira que em sua proposta de Código Penal²⁰ assim tratou do problema: “Não se diz inconsciente aquelle que, em estado de vigília, obedece ás próprias paixões..., embora momentaneamente exacerbadas”.

O Código Penal de 40, reformado,²¹ declara enfaticamente que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade (art. 28, I). Mas é óbvio que se a paixão for sintoma de um estado mórbido da personalidade, capaz de identificar um tipo de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o autor do crime é isento de pena à luz do art. 26. Quando assim não for e comprovada a *grave alteração de consciência*, mesmo sem causa patológica, o sistema penal admite invocar a exclusão de culpabilidade se ao agente, nas condições reais em que atuou, não era exigível conduta diversa. A conduta deixa de ser reprovável e, assim, *culpável*. Falta, portanto, o pressuposto essencial da pena que é a culpabilidade.

12. No doloroso caso Pontes Visgheiro o Supremo Tribunal de Justiça, unanimemente, desprezou a tese da defesa, sintetizada como *desarranjo mental* e não acolheu a classificação proposta pelo acusador, ou seja, do

homicídio especialmente agravado, para o qual se cominava a pena de morte (art. 192). Admitiu a ocorrência de homicídio sem aquelas causas de aumento (art. 193) aplicando a pena de galés²² perpétuas, máximo legal para o aludido tipo de ilícito, em face do reconhecimento das agravantes dos §§ 4º, 6º, 8º, 9º e 15 do art. 16 do Código.²³ Considerando ter o réu mais de 60 anos de idade, o Tribunal substituiu a pena de galés²⁴ pela de prisão perpétua com trabalho, nos termos do art. 45, § 2º, do mesmo Código, *verbis*: “A pena de galés nunca será imposta: (...) § 2. Aos menores de vinte e um annos e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo”.

O condenado embargou o acórdão, pretendendo cumprir a pena numa cadeia do Maranhão. O tribunal em decisão de 7 de junho de 1874, rejeitou os embargos, ordenando que a execução se procedesse na Casa de Correção da Corte.

13. Pontes Visgheiro começou a cumprir a pena²⁵ no referido estabelecimento onde a vida iria lhe reservar a mais triste das humilhações. Quando ocorreu o crime ele estava providenciando a sua aposentadoria, sob o fundamento da completa surdez. Sobrevido a condenação, o setor de Justiça do Conselho de Estado opinou pelo indeferimento da pretensão, posto que o cargo havia sido perdido, embora vitalício. Quando o Ministro da Justiça Duarte de Azevedo visitou a penitenciária encontrou na oficina de encadernação o desditoso prisioneiro. Com a barba e a cabeça raspadas, jaqueta de zuarte e número numa chapa à cinta, o Desembargador Pontes Visgheiro provocou no ilustre visitante a mais dolorosa emoção. O condenado solicitou a graça de falar ao Ministro. Este, ouviu-o e teve de responder por escrito pois o Desembargador estava completamente

surdo. E ao perguntar sobre o destino de seu pedido de aposentadoria, acrescentou: "Sim, porque eu sou Desembargador". A resposta do Ministro veio lacônica e fulminante: "Foi".

Era a degradação moral e o abandono do infeliz suplicante.

14. José Candido de Pontes Visgueiro morreu em 24 de março de 1875, às 8,30 horas, na própria Casa de Correção. Foi enterrado no dia seguinte, no Cemitério de São Francisco Xavier. O *Jornal do Commercio* noticiou o fato, publicando também o testamento que o Desembargador havia feito em 5 de janeiro daquele ano. As suas *declarações de última vontade*, abertas às 14,15 horas do dia da morte, pelo Juiz da Provedoria, não tinha o fel do ressentimento nem a praga do ódio. Basta a leitura destes trechos: "Nada dispoz sobre suffragios a sua alma, por confiar muito na piedade de sua filha, e, uma vez que tem de morrer longe della, pouco importa o modo pelo qual seu corpo tem de ser atirado, desconhecido, na valla de algum cemitério. Declarou, ainda, que não foi inimigo de ninguém, no verdadeiro sentido da palavra; e, si inimigos teve, perdôa-lhes todo o mal que lhe fizeram. Sendo humano e piedoso, e tendo muito amor á justiça e ao proximo, si o seu espírito se desvairou um dia, que perdão poderá desejar aos homens? Quem podia perdoal-o já não existe".²⁶

15. Certamente foram muitos os espíritos lúcidos que, a exemplo de Evaristo de Moraes e Viveiros de Castro, viram no caso Pontes Visgueiro um dos erros judiciários pela *conspiração das circunstâncias* e pela insidiosa *paixão dos sentimentos* que, embora ignoradas como causa e efeito da tragédia e desprezadas para a remissão do pecador, alimentaram o juízo temerário e prepararam a emboscada da culpa.

A saga bárbara e terrível do Desembargador ensandecido foi em parte nar-

rada por Josué Montello. Descrevendo a imagem e os trejeitos de mariquinhas, o grande romancista conta que ela comparecia várias vezes na redação do *Diário do Maranhão*, acompanhada pela mãe, que a oferecia e explorava. Ela era do "tipo miúdo que os cabelos crespos alteavam, olhos levemente estrábicos, a boca fechada num começo de amuo, pingentes de ouro nas orelhas descobertas, os seios tufados, uma fita azul prendendo o camafeu que lhe enfeitava o colo, cintura fina, quadris espatilhados, e sempre com um fino leque de madrepérolas que lhe dera o Desembargador. À primeira vista, parecia séria, e mesmo distante ou retraída. Mas sorria, e o sorriso repentinamente a acanalhava, na sensualidade dos olhos, na expressão gaiata do rosto, no modo de retrain as espáduas oferecendo os seios. Dir-se-ia que bastava sorrir para começar a ficar nua e entregar-se, a despeito de ainda trazer consigo, no físico, na voz e nos modos, uns longes de menina-e-moça. Certa maldade instintiva, que viria de sua condição, e mais os conselhos da mãe esperta, que vendia a filha a qualquer um, levavam-na a divertir-se com o Desembargador Pontes Visgueiro, que se prestava aos papéis mais ridículos para ter a posse ocasional de seu corpo imaturo. Na rua, ao dar com ela, o velho se ajoelhava, beijava-lhe os pés. Senão a encontrava, andava a procurá-la pelos prostíbulos, pelo cais do porto, pela redação dos jornais, pelas igrejas, por toda a cidade. E como era totalmente surdo, trazia constantemente os olhos à tona do rosto, na ânsia de ouvir o que lhe diziam, e isto acentuava o seu ar desvairado. Fazia pouco mais de um mês que arrombara o alcova onde ela se entregava, e tivera ali uma crise de choro, ajoelhado aos pés da cama, ao vê-la nua e zangada sobre o lençol revoltado, enquanto seu companheiro se esgueirava por uma nesga de porta,

também despido, levando a roupa que pudera arrebanhar”. (...) “Toda gente sabia, ali em São Luiz, que o desembargador Pontes Visgueiro tinha perdido a cabeça com a sua paixão desvairada pela Mariquinhas”. (...) “Toda a cidade sabe que o Desembargador não está no seu juízo”. (...)”²⁷

Em coletânea muito sugestivamente intitulada — *Destinos* — Humberto de Campos presta homenagem ao talento e à sensibilidade de Evaristo de Moraes pela publicação de estudos sobre os processos célebres. Compara a iniciativa do criminalista brasileiro ao trabalho similar de Henri Robert e que o levou a uma das cadeiras da Academia Francesa. E se refere ao primeiro da série, justamente a história trágica de Pontes Visgueiro, confessando em certa passagem de sua crônica: “Quando eu tinha seis anos, minha mãe me amedrontava com o monstro que trazia esse nome”.

É o mesmo Humberto de Campos quem fala sobre a seleção do caso: “E escolheu com acerto, sobretudo, porque nenhuma outra peça das que foram ter o epílogo nos palcos da justiça, nos aparece, hoje, tão desvirtuada pela imaginação popular, e, por isso, tão misturada com a fantasia. Eu, pelo menos, não obstante a minha condição de maranhense, isto é, de filho da terra em que o magistrado alagoano cobriu de sangue, de lama e de opróbrio o seu nome e a sua toga, somente agora vim a conhecer, na limpeza da sua verdade, o acontecimento vermelho e trágico de que tanto ouvia falar quando menino. E como se humanizou, aos meus olhos, o monstro de outrora!... Como se transformou em piedade, em compaixão amadurecida e consciente, o terror infantil que me enchia o coração pequenino, quando se pronunciava, diante de mim, o nome de Pontes Visgueiro!”²⁸

As palavras finais da crônica de Humberto de Campos vibram como a

força espiritual de uma *revisão póstuma* daquela dura sentença de maldição. E valem, também, como lição contra os preconceitos que tanto perturbam a verdade e entorpecem a consciência:

“Parece que, no interior do Maranhão, por muito tempo se esperou o reaparecimento de Pontes Visgueiro. Era uma espécie de papão. E como eu próprio tremi por mais de uma vez, com medo dele, venho, agora, às portas da velhice, pedir-lhe que me perdoe, e, a Deus, que na sua misericórdia, não ponha, jamais, no meu caminho, Maria da Conceição...”²⁹

NOTAS

1. *Relação*, antiga designação do Tribunal de segundo grau de jurisdição, formado por um certo número de juízes com o título de Desembargador e dividido em Câmaras, com a precípua competência de julgar os recursos interpostos contra as decisões de primeira instância.

2. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 10-12.

3. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 22.

4. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 24, grifos do original.

5. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 40.

6. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 37.

7. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 49.

8. Dispunha a Constituição Política do Império do Brasil, (25.3.1824): “Art. 163. Na capital do Império, além da Relação que deve existir, assim como nas mais províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de — Supremo Tribunal de Justiça, — composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antigüidades, e serão condecorados com o título de Conselheiros. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir.

“Art. 164. A este Tribunal compete:

“1º. Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar.

“2º. Conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias.

“3º. Conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição.”

9. Código Criminal do Império do Brasil, cf. Lei decretada em 16 de dezembro de 1830 e publicada em 8 de janeiro de 1831.

10. "Art. 16. São circunstancias agravantes:

"§ 2º. Ter o delinquente cometido o crime com veneno, incendio, ou inundação.

"§ 7º. Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinquente, ou qualquer outra que o constitua a respeito deste em razão de pae.

"§ 10. Ter o delinquente cometido o crime com abuso de confiança nelle posta.

"§ 11. Ter o delinquente cometido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa.

"§ 12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares.

"§ 13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime.

"§ 14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido, com intento de commeter o crime.

"§ 17. Ter procedido ajuste entre dous, ou mais individuos, para o fim de commeter-se o crime".

11. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. 102.

12. Após executado o homicídio, Pontes Visgheiro teria se preparado para um jantar festivo em casa do genro e colega Basilio Quaresma Torreão. Saiu às quatro horas e permaneceu naquele meio familiar até às dez horas da noite. Sem qualquer sinal de perturbação, conforme registro nos autos.

13. Ob. cit. p. 109.

14. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 113/136.

15. Em Evaristo de Moraes, cit. p. 166.

16. *Código Criminal do Imperio do Brazil*, ed. Livraria popular, Rio de Janeiro, 1877, p. 42, nota 58 a.

17. "Três Ensaio sobre a Teoria da Sexualidade", entre outros trabalhos. Ver, a propósito, Peter Gay, *Freud — Uma vida para o nosso tempo*, trad. Denise Bottmann, ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1989, p. 143.

18. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

19. Em Antonio Jose da Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1930, p. 189.

20. A Parte Geral, com uma Exposição de Motivos, foi publicada no *Diário Oficial* de

10.11.1927 e o projeto completo foi editado em 23.12.1928, com a Parte Geral revista.

21. Dec.-lei 2.848, de 7.12.1940, com a reforma da Lei 7.209, de 11.7.1984.

22. *Galé*, do francês antigo, *galée*, galera. Antiga embarcação de vela e remos, que utilizava frequentemente, como remadores, os condenados a trabalhos forçados. Indivíduo condenado às galés. Os condenados às galés também se diziam *forçados* ou *grilhetas*. A denominação *grilheta* vem do uso de se colocar no pé do condenado a *grilheta*, ou seja, um grande anel de ferro na extremidade de uma corrente do mesmo metal, a que se prendiam os condenados. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 39-307.

23. "§ 4º. Ter sido o delinquente impellido por um motivo reprovado ou frívolo.

"§ 6º. Haver no delinquente superioridade em sexo, forças ou armas, de maneira que o offendido não podesse defender-se com probabilidade de repellar a offensa.

"§ 8º. Dar-se no delinquente a premeditação, isto é, designio formado antes da acção de offender individuo certo ou incerto. Haverá premeditação quando entre o designio e a acção decorrerem mais de vinte e quatro horas.

"§ 9º. Ter o delinquente procedido com fraude.

"§ 15. Ter sido o crime commettido com sorpresa".

24. Código Criminal do Império, art. 44: "A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da Provincia onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo".

25. Nos termos do art. 37 do Código Imperial, não se considerava pena "a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga, nem a suspensão dos magistrados decretada pelo Poder Moderador, na fôrma da Constituição." A doutrina da época aplaudia essa orientação vedando a detração (Carlos Frederico Marques Perdigão, *Manual do Código Penal Brasileiro*, ed. B.L. Garnier, Rio de Janeiro, 1882, I/225).

26. Em Evaristo de Moraes, ob. cit. p. 194.

27. *Os tambores de São Luís*, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985, p. 400-401.

28. "Pontes Visgheiro", em *Destinos*, Opus Editora Ltda., São Paulo, 1983, p. 176.

29. Humberto de Campos, ob. cit., p. 181.