

Dupl.
REVISTA BRASILEIRA DE
ciências
criminais

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 1 • janeiro-março • 1993

1

**REVISTA
DOS TRIBUNAIS**

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



REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

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

Trimestral — ANO 1, número 1, JAN-MAR/93

Diretor: Alberto Silva Franco

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

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

Diretoria adjunta: Alberto de Oliveira Andrade Neto, Alvaro Busana, Ana Lúcia Sabadel, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, 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, Marco Vinicius Petreluzzi, 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 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 Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochevsky, Licinio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luis Francisco 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^a. Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramirez, Luiz Fernando Niño, 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. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912.7822 — CEP 07220-020 — Guarulhos, SP.

Impresso no Brasil

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

APRESENTAÇÃO

No momento em que se fechava esta Revista tivemos a triste notícia do falecimento do Prof. José Frederico Marques. Por mais que se quisesse reverenciar a memória deste grande jurista estaríamos, sem dúvida alguma, aquém desta tarefa. Ele que se notabilizou em muitos campos do Direito notadamente no do Processo Penal, mereceria, quando menos, o registro do vanguardismo de suas posições que, entre nós, pioneiramente, articulou sistematicamente o direito constitucional e o processual.

Já em 1958, numa memorável Aula Inaugural proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, em preleção que deveria ser objeto de constante reflexão por parte dos lidadores do sistema penal, em especial, pelos legisladores e aplicadores do direito, o hoje saudoso Frederico Marques advertia: “Assentando-se na Constituição, o conjunto de princípios básicos do processo penal, claro está que a Justiça Criminal, na organização de seus quadros e no funcionamento de seus órgãos, tem de receber o influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional”.¹

No momento em que se rearticula, com veemência e incomum alarde, a proposta de pena de morte mais do que nunca torna-se importante resgatar a memória e os ensinamentos de Frederico Marques para resistir a esta perigosa e assustadora aventura legislativa.

Na verdade, como recentemente registrou-se no *Manifesto contra a pena de morte* lançado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, “o que está em jogo, num país que recentemente reafirmou valores éticos, chegando ao limite de provocar o afastamento do Presidente da República, e não ceder ao raciocínio da marginalidade, com o significado de vingança pública. Mesmo porque, a pena de morte não tem o pretendido efeito intimidativo. O exemplo dos países que a adotaram revela — e com eloquência — o fracasso deste tipo de punição”.²

O volume que agora apresentamos ao público, além de um importante trabalho sobre a pena de morte, traz artigos que procuram, no difícil e

1. “Os princípios constitucionais da justiça penal”, inserto no *Estudos de direito processual penal*; Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960, p. 46.

2. Jescheck, por exemplo, assinala que a pena de morte não tem maior efeito intimidativo que a prisão perpétua (*Tratado de Derecho Penal*; trad. S. Mir Puig e Muñoz Conde; Barcelona; ed. Bosch; 1981; § 71; p. 1.055). Hassemer, com base em pesquisas, assinala sobre a pena capital que “o delinqüente normalmente não se motiva pela ameaça deste tipo de pena, senão pela idéia de quais são as possibilidades de não ser descoberto” (*Fundamentos del derecho penal*; trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero; Barcelona; ed. Bosch; 1984; § 27; p. 386).

angustiante “labirinto da violência”, abordar esta questão. Há desde trabalhos de natureza dogmática, com destaque para a segunda parte do ensaio do Prof. Figueiredo Dias sobre o estado atual da doutrina do crime, passando por Pareceres apresentados em causas forenses, até, na linha de pensar o fenômeno criminal descompartmentalizadamente, um artigo sobre a “Apreensão e representação de imagens em protocolos de Rorschach de examinandos violentos”, com uma reflexão psicológica.

Duas seções novas foram criadas. Uma, já neste número, sob a responsabilidade do Prof. René Ariel Dotti que cuidará das “Antigüidades de Direito Criminal” com o escopo de resgatar casos e temas de outrora. Outra, visando dar maior estímulo aos trabalhos acadêmicos, coordenada pelo Prof. Miguel Reale Júnior, que apresentará novidades nessa área. Aliás, é motivo de grande satisfação registrar que este ilustre Professor passa a integrar o Conselho Diretivo desta Revista.

Por fim, somando esforços na tentativa de realizar um trabalho útil e perene, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* recebe, a partir de agora, também o valioso apoio do *Instituto Manoel Pedro Pimentel* para sua publicação.

CONSELHO DIRETIVO

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

Colômbia, dentro do labirinto da violência. O narcotráfico e a marginalização. Repressão ou prevenção? Alternativas — ABELARDO RIVERA LLANO	7
Sobre o estado actual da doutrina do crime — 2ª parte — Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	16

DOCTRINA NACIONAL

Influência do Código de Processo Penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro — ADA PELLEGRINI GRINOVER ..	41
Apreensão e representação de imagens em protocolos de Rorschach de examinandos “violentos” — AUGUSTO ABADE, LÚCIA COELHO e ROBERTO FAZZANI NETO	64
A pena-crime arbitrária — AUGUSTO THOMPSON	76
A pena de morte e a consciência jurídica internacional — Proposta de plebiscito no Brasil — DIRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR	78
Mecanismos penais para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico no Direito brasileiro — EDMUNDO OLIVEIRA	87
Direito penal: Visão crítico-metodológica — JOÃO CALDEIRA BASTOS	98
A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada — JUAREZ TAVARES	105
Desvio de clientela e violação de segredo — MIGUEL REALE JÚNIOR	112
O erro médico e suas implicações penais e civis — PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME	121

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Sobre a condenação de Tiradentes — RENÉ ARIEL DOTTI	131
---	-----

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES — RUI STOCO

1 — Jurisprudência Comentada

Candidato a cargo eletivo — Suspensão dos direitos políticos — Art. 15, III da CF/88 — Impossibilidade de assunção do cargo — Decisão normativa do TRE 136

2 — Ementário 144

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Crime hediondo. Tráfico. Apelação em liberdade — ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER 148

Regime de cumprimento de pena no crime de roubo — GRUPO PENAL DO SERVIÇO DE APOIO JURÍDICO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO 149

Decisão condenatória pendente de recurso do acusado, progressão de regime prisional e “habeas corpus” — LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ 153

JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

“Habeas corpus” (Segunda parte) — ALBERTO SILVA FRANCO 158

JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Princípio da Insignificância — Lesões corporais culposas — STJ — Inq. 57-0 — Corte Especial — j. 23.6.92 — rel. Min. José Dantas 198

Inquérito — Direito — Unidade — Denúncia — Ação cível — Prejudicial — STJ — Inq. 33 — Corte Especial — j. 11.6.92 — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro 201

Processo penal — Apelação em liberdade — Tráfico de entorpecentes — STJ — RHC 1.688-RJ — rel. Min. Costa Leite — j. 31.3.92 211

Âmbito de cognição do “habeas corpus” — Falta de justa causa para denúncia contra diretor de empresa — TJSP — HC 132.972-3/4 — São José dos Campos — j. 19.10.92 — rel. designado: Eduardo Pereira 214

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON 218

SÚMULAS DO STJ NA ÁREA CRIMINAL 243

LEGISLAÇÃO 247

PROPOSTAS LEGISLATIVAS 273

INFORMAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS 279

NOTICIÁRIO 285

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOCTRINA INTERNACIONAL

COLÔMBIA, DENTRO DO LABIRINTO DA VIOLÊNCIA — O NARCOTRÁFICO E A MARGINALIZAÇÃO — REPRESSÃO OU PREVENÇÃO? ALTERNATIVAS*

ABELARDO RIVERA LLANO

Professor de Direito Penal e de Criminologia e Magistrado
do Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá

1. Introdução. 2. Antecedentes imediatos. 3. A chegada da cocaína. 4. Repressão ou prevenção? 4.1 O fracasso da política repressiva. 4.2 Direito penal e controle social. 4.2.1 Função motivadora da norma penal. 4.2.2 Narcotráfico. 5. Alternativas. 6. Que fazer?

1. Introdução

A situação crítica da violência de todo tipo que se debate em minha pátria não pode ser explicada e analisada, como ingenuamente se pretende fazer no exterior, somente com base no auge dos barões da cocaína. Trata-se de um aspecto da crise, da manifestação mais recente de um antigo conflito. Para alguns¹ a crise tem tantas facetas que não teria explicação clara para ela. Colômbia é vista pelos mais agudos analistas como um intrincado problema sem começo nem fim, um País com tantas características extraordinárias que muitos o identificam com a “Macondo” do “Cem Anos de Solidão” de Gabriel García Marquez, o que significa que pertence ao reino do realismo mágico e desafia a explicação e a análise.

A história colombiana é uma das mais complexas da América Latina. A violência é uma constante desde o nascimento da ordem política institucionalizada, que se situa na mesma época de Bolívar, pois alguns dos dilemas fundamentais da construção nacional já foram colocados durante a guerra da indepen-

dência e não foram resolvidos depois. O esforço de Bolívar para encontrar uma fórmula que permitisse criar um Estado forte, coerente e eficaz, unindo os disparatados elementos do antigo império espanhol, resultou frustrado pela visão paroquial das elites locais, que se dedicaram às suas questões durante os anos que se seguiram à independência. Essas elites importaram fórmulas democráticas européias, desenharam impressionantes constituições e estabeleceram partidos que tomaram seus nomes dos partidos do velho mundo. Mas tais fórmulas não tinham relação com a realidade política colombiana, que apresentava um caráter profundamente elitista, antidemocrático e instável.

Existe uma Colômbia formal e uma Colômbia real. Há uma Colômbia constitucionalista e legalista, que é apresentada como uma Nação moderna. Esta é

* Conferência pronunciada no Simpósio Internacional sobre a Macrocriminalidade em São Paulo, na Escola Paulista da Magistratura, no dia 18.9.92 e traduzida por Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito, Mestre em Direito Penal e Presidente do IBCCrim.

a Colômbia frequentemente descrita pela imprensa internacional como o País mais democrático da América Latina. Mas existe também uma Colômbia real, do povo, onde o império da Lei não impera, onde a pobreza é a norma e a democracia é apenas uma palavra de um antigo documento.

2. Antecedentes imediatos

Durante muitos anos a lealdade aos dois partidos políticos tradicionais foi o vínculo entre as duas Colômbias. O povo combatia nos violentos conflitos bipartidários, em nome da oligarquia dominante, de tal sorte que as lealdades a um ou outro dos partidos da oligarquia eram alcançadas por meio da geração de sangrentas vinganças. Estabeleceu-se assim uma tradição de violência político-partidária, que culminou no final dos anos quarenta e anos cinquenta na última grande guerra civil entre os partidos, cuja fase final esteve dominada pelo banditismo social e se prolongou até 1965.

Durante esses anos surgiram formas de justiça privada, que reapareceram nos anos 80. Existia a figura do assassinato mediante pagamento associado aos partidos e latifundiários da década de 1950. Seu equivalente profissional, o sicário, seria a figura dominante alguns decênios depois. Os grupos paramilitares e de auto-defesa também integravam a estratégia de ataque e de revanche dos latifundiários na época da violência. A extorsão era atribuída à polícia de então e voltou a ser praticada pela FARC que exige dinheiro dos proprietários rurais mediante ameaças de seqüestro.

O Estado acabou convertendo-se em um mediador por meio do qual os membros da elite dominante se distribuíam no poder e nos privilégios. A

ordem social seria preservada mediante as lealdades clientelistas baseadas na manipulação política e na corrupção administrativa, assim como na repressão. A respeito assinala um ilustre Jurista e escritor colombiano: "Na Colômbia o Estado de Direito desapareceu faz tempo e sustento que o nove de abril foi a hecatombe desse Estado e se restabeleceu a autoridade sobre a base da segunda Constituição que é o Estado de Sítio e sobre a base de que as Forças Armadas desempenhariam uma tarefa de sustentação do poder político, atribuindo-lhes o Ministério da Defesa".²

O desenvolvimento desigual do capitalismo gerou pobreza e riqueza ao mesmo tempo. Surgiram duas economias que refletem as duas faces da ordem política: a economia formal com suas impressionantes estatísticas de crescimento e a economia informal, onde a maioria da população vive e trabalha. Surgiu uma classe média significativa, como resultado do êxito da economia formal; mas seu bem-estar econômico não está assegurado e grandes setores não foram capazes de realizar suas aspirações materiais.

A resposta do povo obrigado apenas a sobreviver é outro elemento da história contemporânea colombiana e com frequência adotou formas não políticas. A criminalidade urbana que gerou seu próprio mundo baixo e violento e que tornou legendários os índices delitivos do País, é um dos meios de sobrevivência.

Os movimentos populacionais se deslocam as novas fontes de riqueza, porém, raras vezes os pobres têm acesso a elas. Os camponeses pretenderam colonizar as terras públicas disponíveis, porém a batalha pela fronteira agrícola foi violenta e difícil. Abandonados pelo Estado, eles tentaram sobreviver com o trabalho familiar, enquanto os proprietários aproveitam todas as oportunidades para despejá-los da terra.

3. A chegada da cocaína

No final dos anos 70 se agregou a estas estratégias de sobrevivência o fenômeno da droga, que veio enriquecer uma nova elite, enquanto o cultivo da folha de coca ofereceu um dinheiro providencial a uns poucos camponeses que estavam na iminência da ruína. Também trouxe a guerra de bandos e o banho de sangue que se associa às drogas em todo o mundo. O auge deste fenômeno corrompeu e desestabilizou as instituições políticas, que já eram vulneráveis às influências partidárias.

Outra forma de resposta popular foi a de organizar-se e protestar contra o abandono do Estado e a manipulação dos partidos tradicionais. A mobilização e o protesto tiveram origem na falta de terra, nas más condições de trabalho e na falta de segurança social, na carência de infraestrutura e na corrupção do sistema político local. Esta resposta popular apresenta muitas manifestações, porém tem como denominador comum a rejeição do bipartidarismo, que foi a base do regime e que assegurou até agora a sua legitimidade.

Houve também outra resposta mais política: Os movimentos guerrilheiros, que apareceram no começo dos anos 70 e lutavam pela transformação da ordem estabelecida. Ainda que tenham sido virtualmente destruídos no princípio dos anos 70, ressurgiram no final desta mesma década e começo da década seguinte, até porque o Estado fracassou em suas reformas e continuava excluindo a maioria dos colombianos.

O assassinato de Luiz Carlos Galán pode ser atribuído tanto à guerra comercial como à guerra política. Ele estava profundamente alarmado com a penetração dos barões da droga nas instituições políticas e era partidário da extradição dos grandes narcotraficantes. Mas também como membro do aparato político tradicional, era um político refor-

mista à moda colombiana, cuja carreira havia girado em torno da modernização das arcaicas instituições do Estado e das suas práticas corruptas. Tinha simpatias na ampla classe média das grandes cidades colombianas e teria ganho a eleição presidencial de 1990 se tivesse sido o candidato único do liberalismo. Sua morte revelou o poder econômico e político da máfia da cocaína, enquanto o Estado, o Exército e a elite empresarial conferiram prioridade ao enfrentamento ao movimento popular e às guerrilhas de esquerda. O lançamento do *Morena*, o novo partido da direita, assentado em Porto Boyaca, em uma região virtualmente controlada pelos narcotraficantes e seus aliados locais, levou a pensar na formulação de um projeto narcofascista no País. Embora a maior parte da classe dirigente colombiana não esteja de acordo com referido projeto, sua ambivalência diante dos narcodólares e da cruzada anticomunista que ajudaram a financiar facilitou a consolidação política da máfia.

A administração liberal de Virgílio Barco lançou sua própria ofensiva contra os barões da droga mediante o confisco de propriedades, a destruição de laboratórios e a captura de pequenos traficantes. Os barões mesmos escaparam ilesos e organizaram uma contra-ofensiva: ameaçaram matar dez Juízes por cada nacional extraditado pelo narcotráfico. A onda de violência resultante mostrou que falavam seriamente.

A máfia da droga e seus aliados começaram a explorar, ao mesmo tempo, a bandeira do nacionalismo. Um dado adicional se agregou ao debate da droga: o papel dos Estados Unidos na Colômbia. Os Estados Unidos mantiveram estreitas relações com o governo colombiano e em especial com o Exército, ao qual forneceram treinamento e armas em troca de uma absoluta lealdade. Colômbia foi o único País da América Latina que apoiou a Inglaterra

e os Estados Unidos na guerra das Malvinas.

Como porta de entrada à América do Sul, com litorais sobre o Atlântico e o Pacífico, Colômbia tem uma grande importância estratégica. Fala-se na construção de um novo canal inter-oceânico pelo Rio "San Juan", no noroeste do País, para substituir o canal do Panamá. As enormes reservas de carvão, petróleo e gás natural e a proximidade com os Estados Unidos fazem da Colômbia uma importante fonte de recursos energéticos que podem reduzir a dependência norte-americana diante do instável oriente médio. A costa Pacífica tem potencialidade para grandes desenvolvimentos e os japoneses mostram um crescente interesse pela região.

As guerrilhas da coca na segunda metade de 1989 permitiram aos Estados Unidos fortalecer sua presença e sua influência no País, embora muitos tenham questionado a eficácia e inclusive a finalidade desta intervenção. O General Miguel Gomez Padilla, Diretor da Polícia Nacional enfatizou como o armamento e o equipamento ministrados resultam mais apropriados para uma guerra convencional que para um conflito com os narcotraficantes. Muitos observadores pensam, de outro lado, que o governo dos Estados Unidos deveria prestar mais atenção à demanda da cocaína em seu próprio território, demanda esta que conta com cerca de seis milhões de usuários habituais.

No final de 1989 o Estado colombiano lutava para conservar sua autoridade e sua credibilidade, embora tivesse se beneficiado do golpe propagandístico que foi a morte do narcotraficante Gonzalo Rodriguez Gacha, em dezembro do mesmo ano. A violência dos grupos da direita contra o movimento popular e a oposição política, que tinha reduzido durante o apogeu da guerra da cocaína em agosto e setembro, se inten-

sificava uma vez mais. A elite estava dividida pela crise e o País parecia órfão de liderança como nunca antes.

Existe um ponto de ligação que atravessa a história colombiana como nenhum outro e que consiste em que a elite dominante identifica sempre o destino da nação com o seu próprio destino. Mas a prosperidade de uma classe pode realmente identificar-se com o bem-estar de um País? pergunta o escritor uruguaio Eduardo Galeano.³ Um dos mais recentes fenômenos dessa complexa história é a resposta das outras classes que dizem não. Se a luta de classes não explica tudo na Colômbia de hoje, de qualquer modo, é o ponto de ligação sem o qual não será possível nunca desfazer o nó de Bolívar.

4. Repressão ou prevenção?

4.1 O fracasso da política repressiva

"Anos de experiência profissional me ensinaram que as leis repressivas não resolveram nunca o problema da toxicomania" (John Finlator, Vice-Diretor do Departamento de Narcóticos dos Estados Unidos).

Esta frase, que resulta surpreendente por ter sido dita por quem foi uma das mais altas autoridades do Governo norte-americano, vem sendo confirmada reiteradamente pela realidade.

É evidente que a opção assumida pelos diversos Estados diante do problema das drogas tem sido basicamente repressiva, destacando-se a tendência criminalizadora que tem caracterizado as decisões político-criminais.

Colômbia, Peru e Bolívia, em estreita colaboração com o Governo norte-americano adotaram uma estratégia comum de luta contra o tráfico de cocaína, a que se caracteriza por: a) ações policiais e judiciais; b) erradicação dos cultivos de coca e c) substituição de tais cultivos por outros rentáveis.

Os programas policiais, judiciais e de erradicação foram priorizados, contando com o apoio financeiro da NAU (Narcotic Assistance Unit) e logístico da DEA,⁴ resultando em uma intensa legislação altamente repressiva, assim como em diversas operações, principalmente nas zonas de proteção.

Como afirma Gorriti: "Depois de mais de dez anos de aplicação contínua dessa estratégia, sua evolução não resulta difícil: fracasso total".⁵

Diante deste preocupante panorama, cabe perguntar: a ação repressiva e particularmente, desde o âmbito jurídico, a ação do Direito Penal são capazes de controlar e derrotar o narcotráfico?

Pensamos que existem razões suficientes para rejeitar a repressão e o Direito Penal como únicas ou fundamentais alternativas na luta contra o tráfico de drogas, sendo necessário inovar o tratamento deste problema com o fim de alcançar novas e reais soluções.

4.2 Direito penal e controle social

No contexto das relações sociais, que por sua natureza são de permanente conflito, os grupos de poder que conseguiram impor-se sobre outros grupos antagônicos estabeleceram seu modo de organização da sociedade, impondo o que se conhece como "ordem social", estrutura a partir da qual exerce uma forma de "controle" a fim de procurar a sustentação da ordem implantada.

Surge assim o conceito de "controle social", que é exercido por intermédio dos chamados meios de controle social "difusos", que compreendem áreas muito distintas como a dos meios de comunicação, de educação, saúde, família, partidos políticos, religião etc. ou dos meios de controle social denominados institucionais, cujo caráter é explícito e dentro dos quais ingressam o Direito Penal e as outras disciplinas a ele vinculadas.⁶

Diante do que acaba de ser afirmado parece que o Sistema Penal não é "o controle social, senão que forma parte de um sistema de controle social muito mais amplo, dentro do qual joga um papel secundário; sua função é a de confirmar e assegurar valores criados e introduzidos por outras instâncias mais sutis e eficazes".

Disso se depreende a noção de Direito Penal como *ultima ratio*, é dizer, aceita-se sua intervenção somente quando fracassaram todas as demais instâncias de motivação e de controle.

4.2.1 Função motivadora da norma penal

Com a finalidade de proteger os bens jurídicos (relações sociais elevadas à categoria jurídica a partir dos interesses de um tema social imperante), o Estado se vale do Direito Penal (por meio de uma norma e mais especificamente por meio da pena) para sancionar quem os lesiona e com isso pretende influir na motivação da comunidade e dos indivíduos.

Entre as teorias relativas da pena existem duas que merecem ser destacadas pela importância que tem em nossa comunidade latino americana: a da prevenção geral e a da prevenção especial.

a) *Prevenção Geral*. Os partidários da teoria da prevenção geral insistem justamente na função motivadora da pena, para afirmar que o Direito Penal previne o cometimento de fatos puníveis, reforçando proibições estabelecidas pelo Sistema, valendo-se para isso da ameaça que importa a aplicação de uma sanção. Esta teoria foi duramente questionada, já que além de instrumentalizar as pessoas não é capaz de comprovar seus efeitos. Afirma-se também que tal teoria é inadequada pois no complexo processo de se tomar a decisão de cometer o delito, a ameaça da pena não joga um papel relevante.

b) *Prevenção especial*. Desde outra perspectiva os partidários da prevenção especial sustentam que a prevenção geral é ineficaz, sendo necessário chegar ao homem concreto, a fim de reabilitá-lo e reinseri-lo no meio social. Acusada também de instrumentalista, apresenta a contradição existente entre a privação da liberdade e a ressocialização. Como resposta aos defeitos das teorias relativas e absolutas da pena e da crise do Sistema Penal a nível mundial surge o Abolicionismo que, partindo da afirmação de que o Direito Penal é violento e arbitrário e que, ademais, fracassou no controle da criminalidade, pretende eliminá-los, delegando a solução dos conflitos à sociedade civil. Entre ambos os extremos encontram-se os partidários do Direito Penal Mínimo baseado na necessidade de conferir à pessoa as máximas garantias, selecionando para isso um núcleo de bens jurídicos que assegurem a existência do sistema democrático, reduzindo a intervenção do Sistema Penal exclusivamente a esses bens.

No que diz respeito ao controle penal do narcotráfico — às medidas político-criminais adotadas pelos Estados — algumas vezes foram adotadas as teorias absolutas (sanção como retribuição) e outras as relativas (ameaça e/ou reabilitação).

Considerando-se que o Sistema Penal quanto ao controle do tráfico de drogas está fracassado, por não exercer um efeito dissuasório sobre as pessoas nem reabilitar aqueles que foram sancionados, existem os que perguntam se não seria mais eficaz abolir a repressão penal do tráfico de drogas, legalizar a produção e comercialização ou, pelo menos, manter como puníveis unicamente determinadas condutas vinculadas a algumas substâncias entorpecentes, discriminando grande parte das condutas que ainda hoje se consideram

como delito e incorporando à legalidade aquelas substâncias menos nocivas.

Antes de considerar essas alternativas, verificarei primeiro alguns aspectos vinculados à dimensão e implicações do narcotráfico na Colômbia e, em geral, na região Andina.

4.2.2 *Narcotráfico*

A coca aparece vinculada ao desenvolvimento cultural de importantes setores indígenas da região andina, sendo uma substância de consumo tradicional em diversas regiões. Sua estreita relação com a cultura indígena e seu caráter mágico-religioso lhe deram um lugar importante na vida do homem destas regiões.⁷

Não obstante, quando se produz o *boom* do narcotráfico ela é estigmatizada e é vista como substância nociva, passando-se a punir inclusive a simples posse da folha de coca. O uso tradicional da folha de coca em nada se assemelha com o narcotráfico e, portanto, deve ser não somente respeitado senão também assegurado pelo Estado, já que tanto a industrialização da folha para produzir a droga como a repressão lhe afetaram seriamente.

Não me preocupo, por razões de brevidade, em dar cifras para mostrar a dimensão do problema na Colômbia, as quais revelam, por si mesmo, de forma bastante eloquente, a quantidade de pessoas envolvidas nas distintas etapas do processo, as inúmeras organizações delitivas com projeção internacional, o grande poder econômico, etc. Tudo isso transforma o fenômeno do narcotráfico em um dos de maior complexidade. Apesar disso, em nosso meio se pretendeu controlá-lo basicamente a partir de soluções emanadas do Sistema Penal (repressão policial, leis especiais, negação de benefícios penitenciários etc.), o que provocou um fracasso evidente.

5. Alternativas

Tal como o penalista Juan Bustos Ramírez, pensamos que o problema da droga está situado muito mais além de uma solução penal.⁸

Em primeiro lugar, cabe assinalar que a norma penal só pode ser motivadora e eficaz se vem acompanhada de outras instâncias sociais motivadoras, pois se existe dissociação entre normas sociais e normas penais é evidente que o controle social exercido pelo Direito Penal estará destinado ao fracasso.⁹

Isso significa que nas outras instâncias de controle social devem o tráfico e o consumo de drogas ser encarados como *desvalor*, já que, como afirmamos, o Direito Penal cumpre um papel secundário diante desses meios e funciona somente como reforço.

De acordo com o autor argentino Mato Reboredo¹⁰ a "apologia da droga" alcança dimensões incalculáveis por condutas que incidem sobre a vítima, motivando-a ao consumo. De acordo com o seu pensamento, os meios de comunicação social têm uma grande responsabilidade neste aspecto do problema, já que com frequência fazem apologia do consumo de entorpecente.

Na medida em que as demais instâncias de controle social não estimulem uma função motivadora contra o consumo e o narcotráfico, a aplicação do sistema penal como meio de controle continuará sendo absolutamente ineficaz, pois a norma penal não cria valores nem constitui um sistema autônomo de motivação.

Em segundo lugar, deixando claramente estabelecido o papel que cumpre o Direito Penal diante do fenômeno do narcotráfico, é necessário enfatizar que se deve legislar com muito cuidado a fim de não penalizar por penalizar. A criminologia ensina que a simples proibição resulta sempre criminógena, quer dizer, se se proíbe indiscriminadamente

todas as condutas vinculadas com o problema da droga, a tendência é aumentar a produção, a distribuição e o consumo.

Nossas leis em matéria de droga estão orientadas, em sua maioria, por um critério preventivo geral. Os legisladores sempre acreditaram que com leis altamente repressivas iriam motivar os cidadãos a não praticar atividades vinculadas ao narcotráfico e isso evidentemente não é assim.

É ilusório pretender que uma lei por mais drástica que seja venha conter um fenômeno de amplo espectro e de profundas raízes que conta com dimensões sociais, políticas e econômicas incalculáveis. O fato de que o delinquente normalmente descarta a possibilidade de ser descoberto ou não avalia o risco que corre não só contribui para este fracasso da atividade preventivo-geral, senão que diante da possibilidade de um bom ganho econômico, rápido e sem maior esforço, em um país pauperizado onde abunda o desemprego ou o subemprego ou são a regra as remunerações insuficientes (economia de subsistência), o narcotráfico converte-se em uma possibilidade sumamente atraente.

A tudo isso deve ser agregado o poder de corrupção do narcotráfico, associado à tendência seletiva do sistema penal, o que determina que finalmente sejam reprimidos somente os agentes mais débeis do processo de produção, comercialização ou consumo, sendo muito raros os casos em que a repressão alcança narcotraficantes poderosos ou importantes.

6. Que fazer?

Sustentar a abolição do narcotráfico como delito e, em consequência, sua legalização, nas atuais circunstâncias da Colômbia, é impensável pelas características e dimensões do fenômeno.

Sempre no contexto do Sistema Penal como instância secundária de controle, existem os que pensam, desde uma perspectiva do Direito Penal Mínimo, que o consumo de drogas entre adultos não pode ser proibido pois cada cidadão pode dispor livremente de sua saúde (como pode dispor de sua vida tanto que não se penaliza a tentativa de suicídio).

Se o consumo não pode ser proibido é um contra-senso proibir a produção e a venda, pois sem elas não é possível aquele. Se se mantém a legalidade do consumo e a ilegalidade da venda, se estimula o consumidor e envolver-se em atividades ilícitas, aumentando desta maneira os índices de criminalidade.

Por isso, a consequência lógica desde esta perspectiva seria estabelecer um controle de quem produz e de quem vende e da qualidade da droga.¹¹ O bem jurídico protegido já não seria a saúde pública, senão a liberdade individual, pois o que se penalizaria seriam todas aquelas condutas destinadas a impor o consumo ou a induzi-lo no caso de menores ou de jovens.

Este ponto de vista, embora resulte coerente dentro da dogmática jurídica, não leva em conta a existência de determinadas substâncias psicoativas que incidem rápida e gravemente no sistema nervoso central da pessoa, gerando dependência em breve prazo.

A acelerada degradação causada por essas substâncias a nível biológico, cívico e social, limitam a capacidade do indivíduo, restringindo sua liberdade e, em consequência, afetando sua dignidade de pessoa. Por isso, pensamos que é necessário discriminar as substâncias psicoativas a fim de manter sob tutela aquelas que pela gravidade e consequências atentam contra a dignidade das pessoas.

Embora a distinção entre drogas "duras" e "brandas" não se adapte ao rigoroso critério científico,¹² cremos que a partir de determinadas características

podem ser selecionadas as mais perigosas, a fim de conservá-las em um âmbito estrito de controle (nível de dependência, risco de transtornos psíquicos ou físicos, risco de morte ou acidentes etc.).

Dentre outros, podem ser citados os derivados da cocaína (*crack*, *PBC*), dos opiáceos, do tolueno, determinados anfetamínicos e alguns alucinógenos (*LSD*, por exemplo).

Desde esta perspectiva a política criminal diante do narcotráfico deveria caracterizar-se por:

a) manter a ilegalidade daquelas substâncias realmente perigosas para a pessoa, decisão que deve ser acompanhada de uma série de medidas preventivas e de controle difuso (campanhas e emprego adequado dos meios de comunicação, proibição de publicidade de qualquer tipo de psicofármaco, incluindo o álcool etc.);

b) descriminalizar todas aquelas substâncias que não causem danos à saúde assim como os atos vinculados à sua produção e comercialização, embora controlando rigorosamente essas etapas, assim como a qualidade das mesmas. No que diz respeito a elas, só seriam penalizadas como delito contra a liberdade individual as condutas destinadas a impor seu consumo ou induzi-lo a menores de idade;

c) reorganizar os controles sociais já existentes relacionados com as drogas à luz da criminologia crítica, a fim de evitar a estigmatização;¹³

d) entender que a luta contra substâncias como a cocaína e o ópio "...é a luta contra o subdesenvolvimento e a exploração"¹⁴, devendo intensificar-se os programas de cultivos substitutivos rentáveis que permitam aos camponeses ter alternativas diante do cultivo da coca. Resulta evidente, então, que não se pode limitar a luta contra o narcotráfico com o combate policial, senão que devem ser implantadas po-

líticas de desenvolvimento agroindustrial na zona de produção da folha de coca, com o intuito de avançar na substituição dos cultivos, devendo estudar-se também o uso industrial da folha de coca.¹⁵

Uma alternativa como esta deve, no entanto, ser estudada com mais profundidade a fim de se verificar se é viável em uma realidade como a nossa e com as características que reveste o problema do narcotráfico na Colômbia.

Cremos, por último, que ao lado do combate deste flagelo desde outros níveis de controle social se deve procurar uma produção legislativa que não gere maior criminalidade e guarde coerência com os fins perseguidos por uma política integral de combate ao narcotráfico que atenda os graves problemas estruturais da ordem social, econômica, política e cultural, tal como foi recomendado no 5º Congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do crime e o tratamento do delinqüente.

NOTAS

1. Vásquez Carrizosa, Alfredo, "Existen los derechos humanos en Colombia?", em *Debates sobre la paz*, CINEP, Bogotá, p. 43.

2. Vásquez Carrizosa, ob. e loc. cit.

3. Galeano Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*.

4. NAU: *Narcotic Assistance Unit*; DEA, Organização do governo norte-americano.

5. "La revolución económica del narcotráfico", em *Debate*, X/13, n. 54, (jan.-89).

6. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, t. I, p. 25.

7. Durante o império Incaico seu uso esteve reservado para fins rituais, para o trabalho mineiro e usos medicinais, sendo difundida como mercadoria com a chegada dos espanhóis e o surgimento dos modos de produção capitalista (Cf. Del Olmo, Rosa, *La Socio-Política de las Drogas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985, pp. 29-33).

8. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, p. 27.

9. Muñoz Conde, Francisco, "Derecho Penal y Control Social", em *Cuadernos de Política Criminal*, n. 21, p. 722.

10. Mato Reboredo, José María, "Droga y Criminalidad", em *Cuadernos de Política Criminal*, n. 21, p. 722.

11. Bustos Ramírez, Juan, ob. cit., p. 278.

12. De acordo com Carlos González Zorrilla, "... a fim de estabelecer a periculosidade de uma droga será necessário considerar outra série de riscos vinculados à utilização da mesma, específicos para cada tipo de substância..." (*Droga y cuestión criminal: El pensamiento criminológico*, Temis, 1983, t. II, p. 182, Bogotá).

13. Beristain, Antonio, *La Droga, aspectos penales y criminológicos*, Temis, 1986, p. 177, Bogotá.

14. Lamour y Lomberti, *Il sistema Mondiale della Droga*, Einaudi, 1974, pp. 193-195.

15. Boletim da Comissão Andina de Juristas, n. 19, p. 75, e Beristain, Antonio, ob. cit., p. 178, Cf. ainda Elías Neuman, *La legalización de las drogas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

DOCTRINA INTERNACIONAL

SOBRE O ESTADO ACTUAL DA DOCTRINA DO CRIME

2ª Parte

Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

VI

1. Se nos voltarmos agora para a temática da *culpa* como elemento constitutivo do conceito de crime, haveremos de reconhecer que é neste lugar (ou, talvez, mais exactamente, a partir dele) que continuam a revelar-se as maiores incertezas e dificuldades de (re)construção do sistema jurídico-penal. Bem podendo logo afirmar-se¹³⁸ que em matéria de culpa, depois de um período de relativa acalmia, tudo ou quase tudo foi, nas duas últimas décadas, de novo posto em questão. Isto fica a dever-se em geral, se vejo exactamente a situação das coisas, a duas ordens de razões:

a) A primeira e mais importante deriva do *tournant* que, como assinalai acima, sob *III*, sofreu no nosso tempo a temática relativa aos *fins das penas*.

A evolução e a estabilização da doutrina da culpa em direito penal correram, até há pouco, de par com a acentuação da finalidade retributiva da pena. Quer no período de afrontamento entre a escola clássica e o positivismo,¹³⁹ quer no tempo mais recente da controvérsia entre a escola neoclássica e a da *défense sociale*¹⁴⁰, a exigência de culpa como elemento constitutivo essencial do conceito de crime era carac-

terística do retribucionismo; enquanto os adversários deste, por seu turno, tendiam a menosprezá-la (quando pura e simplesmente dela não prescindiam), na base de que também um tal conceito sacrificaria na ara daquela *schlechte Metaphysik* em que se ancoravam as doutrinas de cunho expiatório. E a razão deste extremar de campos residia obviamente em que se pressupunha que culpa e retribuição tinham como denominador comum a crença na liberdade da pessoa, concebida em termos indeterministas (ao menos em termos daquilo que se chamava o “indeterminismo relativo”), enquanto as concepções basicamente preventivas se escoravam numa crença determinista, negadora daquela liberdade.¹⁴¹

Mas se assim é, dir-se-á, tanto basta para explicar as aludidas dificuldades — e mesmo a eventual desconsideração — com que hoje de novo depara a doutrina da culpa jurídico-penal. Se o sistema funcional, teleológico e racional do direito penal é político-criminalmen-

* A 1ª parte do presente artigo — “Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito” — foi publicada no n. 1 do ano I da *Revista RPCC*, 1/9, 1991 e esta segunda parte igualmente na mesma *Revista*, ano 2, fasc. 1, p. 7 — V no mesmo número especial de lançamento desta *Revista*, p. 23 a primeira parte.

te fundado, de forma essencial, a partir da consideração das finalidades da pena; e se estas finalidades são, como se defendeu, exclusivamente preventivas; se isto é assim, bem se aceitará então que o dilema se ponha: ou bem se chega ao ponto de eliminar a culpa como elemento integrante do sistema, substituindo-a porventura por outras categorias, máxime a da “proporcionalidade”, à qual se quer reconhecer a possibilidade de cumprimento de uma função análoga à da culpa no que toca à limitação da intervenção estadual de carácter penal, em nome da defesa das liberdades individuais; ou bem se mantém a categoria da culpa, mas despida do elemento da censura pessoal a ela co-natural, concebendo-a como um puro “derivado da prevenção” e das específicas exigências desta.¹⁴²

A procedência deste dilema constituiria, a meus olhos, uma perda irreparável da doutrina do crime e do sistema jurídico-penal; e não é de modo algum imposta pelas premissas de que arranca. Se as finalidades da pena são, na verdade, exclusivamente preventivas, só o são — só o podem ser legitimamente — se e na medida em que do mesmo passo se chame a debate, para cabal legitimação da intervenção penal, o *princípio da culpa* enquanto elemento limitador do poder e do intervencionismo estatais,¹⁴³ comandado por exigências irrenunciáveis de respeito pela dignidade pessoal. Decerto, a via da exigência da culpa não é a *única* forma pensável de defesa daquela dignidade. Se o fosse, forçoso seria conceder — o que é inadmissível — que aos inimputáveis, por definição insusceptíveis de culpa, não seria reconhecida a eminente dignidade que é característica de *toda* a pessoa, sejam quais forem as suas deficiências ou incapacidades. Também o princípio da proporcionalidade, que deve valer sem reservas para as medidas de seguran-

ça,¹⁴⁴ é uma exigência que cumpre substancialmente uma função análoga à cumprida pelo princípio da culpa relativamente às penas. Mas o reconhecimento desta circunstância (que, em minha opinião, deve ser feito sem tergiversações) em nada justifica que, no âmbito da pena, se substitua o princípio da culpa pelo da proporcionalidade. Se a exigência de culpa não é a *única* forma pensável de defesa da dignidade da pessoa, ela é, em todo o caso, *a mais perfeita*¹⁴⁵ e a mais forte com que o pensamento jurídico-penal próprio do Estado de Direito até hoje operou, pelos requisitos limitativos acrescidos e incomparáveis que nele se contém; e é assim o penhor mais seguro de legitimação, no âmbito de aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente. Por isso se deve persistir¹⁴⁶ em ver no princípio da culpa uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa.

b) A segunda razão das dificuldades actuais do pensamento da culpa jurídico-penal vejo-a eu radicada (se bem que esta circunstância não seja, em regra, salientada pela doutrina corrente neste enquadramento) numa ordem completamente diferente de considerações. Continua a ser frequente a afirmação doutrinal de que, com a comprovação do carácter ilícito-típico do facto, fica também afirmado *prima facie* o seu carácter culposos,¹⁴⁷ sobretudo quando se tenham considerado já o dolo e a negligência como elementos constitutivos do tipo subjectivo de ilícito. De modo que a “questão da culpa” vem assim a reduzir-se — e não só numa perspectiva prático-jurídica, se não que também teórica e construtiva — à questão da sua *negação* ou *exclusão* em certas situações específicas: na situação de inimputabilidade, de falta de consciência do ilícito não censurável ou de

inexigibilidade legalmente prevista, máxime de estado de necessidade, de conflito de deveres e de excesso de legítima defesa desculpantes. Dando-se ainda um passo mais e considerando a possibilidade, quando não a conveniência, de tratar algumas daquelas situações fora dos quadros conceituais da culpa, bem se percebe que possa ceder-se à tentação de acabar por eliminá-la enquanto momento autónomo da construção do crime e do sistema jurídico-penal.

Também esta consideração, porém, não deve prevalecer. Na minha perspectiva, de forma paralela ao que sucede com o ilícito, também a culpa é dada através da articulação entre *tipos-de-culpa* e *causas de exclusão da culpa*; e se se tiver em conta o que atrás, sob V, 3, ficou escrito acerca do lugar sistemático do dolo e da negligência, logo daí decorrerá a necessidade de distinguir — segundo os diferentes tipos de atitude interior do agente manifestados no facto — entre tipos-de-culpa dolosos e tipos-de-culpa negligentes, cada um com os seus pressupostos próprios e que se não esgotam nos pressupostos do dolo e da negligência como conformadores dos tipos subjectivos de ilícito, que são também. A argumentação não é, pois, concludente. Mas importa reconhecer que nela se contêm elementos ou sugestões que exigem uma consideração particular e que estão, na verdade, quando as coisas se vêem mais de perto, na base de alguns dos desenvolvimentos mais recentes da doutrina da culpa. São alguns destes desenvolvimentos que agora — de forma, ainda aqui, sincopada e lacunosa, visando mais sugerir do que demonstrar — passarei a considerar.

2. Uma revisão que se quisesse completa e fundada da temática da culpa jurídico-penal não poderia furtar-se a uma opção terminante em matéria

de *conteúdo material* do conceito de culpa jurídico-penal. Teria, por outras palavras, de dizer e justificar, de forma concludente, se conteúdo da culpa é a vontade antijurídica realizada, a personalidade do agente expressa no facto, a atitude interna que lhe preside e o fundamenta ou a própria realização do ilícito-típico apesar da permeabilidade do agente ao apelo normativo. E convir-se-á sem dificuldade que as soluções de concretos problemas que apelam para a culpa jurídico-penal poderão acabar por se revelar — sem conceitualismo insuportável — função das posições que naquela sede se tomem.

Não me demorei, todavia, em demasia sobre este tema. Continuo a pensar que, do ponto de vista da filosofia jurídico-penal, bem como — por mais estranho que pareça — da perspectiva político-criminal, é importante decidir se o pensamento da culpa jurídico-penal aceita como seu ponto de partida a liberdade da pessoa ou antes a sua “necessidade”. E posta a questão, só posso responder-lhe no sentido da primeira alternativa: a liberdade, como característica da pessoa, é o *pressuposto* irrenunciável de toda a culpa jurídico-penal e do modelo político-criminal próprio de um Estado de Direito democrático. Só assim se pode falar da dignidade pessoal como o valor mais alto e o bem mais digno de protecção de toda a ordem jurídica constitucional.

Esta, porém, é uma questão — uma questão de “pressuposto”; outra diversa (e, de um ponto de vista prático-normativo, bem mais importante) a de saber se é legítimo transferir uma tal liberdade para o conteúdo material da culpa e concebê-la como um mau uso, feito pelo agente, do seu *liberum arbitrium indifferentiae*, do seu poder de agir de outra maneira na situação. A resposta a esta pergunta não pode deixar de ir no sentido de uma negativa rotunda: nem a existência de um tal poder pode

ser aferida em situação; nem, quando o pudesse ser, as consequências que dela deveriam ser retiradas dariam resposta minimamente suficiente às exigências político-criminais, correctamente entendidas, que devem ser dirigidas ao princípio da culpa. Sobre tudo isto tive eu já ocasião de me pronunciar em pormenor e e em mais que uma ocasião;¹⁴⁸ e às conclusões que então logrei¹⁴⁹ não me sinto na necessidade de acrescentar ou retirar o que quer que seja.

Fica deste modo definitivamente condenada a tese da “culpa da vontade”, que queria ver no poder de agir de outra maneira em situação o conteúdo da culpa jurídico-penal e, por aqui, o seu critério e a determinante da sua medida concretos. Como condenada fica qualquer concepção de culpa que teime em repousar num critério *ético-individual*, para o qual só relevasse o condicionamento efectivamente existente na pessoa do agente e no momento do facto e em nada relevassem as exigências ético-sociais da comunidade e da sua ordem jurídica; com o argumento (improcedente) de que, de outro modo, se negaria o carácter “ético” da culpa e se cairia numa confusão inextricável entre os juízos de ilicitude e de culpa jurídico-penais.¹⁵⁰ Toda a culpa jurídico-penal é, na acepção aqui propugnada, uma culpa *ético-social*, comandada por critérios *pessoais-objectivos*, vale dizer, pelas exigências de conformação que a comunidade e a sua ordem jurídica podem ainda legitimamente fazer à pessoa do agente sem com isto pôr em causa a sua dignidade pessoal, mas antes justamente em nome dela.¹⁵¹

Que, a partir daqui, se defenda que em direito penal o agente tem que responder, a título de culpa, pela personalidade ético-socialmente censurável documentada no facto,¹⁵² pela atitude interna face ao dever-ser jurídico-penal que no facto exprimiu e o fundamen-

ta;¹⁵³ ou directamente pelo ilícito-típico cometido na base do poder de agir de outra maneira que — através da abstracção da situação concreta e a correspectiva generalização para o poder que do homem do tipo concreto do agente, ou mesmo do “homem médio” — a ordem jurídica dele espera ou exige (e não é outra coisa de essencialmente diferente, da perspectiva aqui relevante, a “permeabilidade do agente ao apelo normativo” de que agora fala Roxin);¹⁵⁴ que as coisas se concebiam de uma ou de outra forma, é decisão do maior relevo para a compreensão das relações teóricas que intercedem entre liberdade e culpa,¹⁵⁵ mas que possui efeitos em larga medida coincidentes para as grandes decisões político-criminais e sistemáticas que nesta sede deviam ser tomadas. Porque qualquer delas acaba por confirmar o ponto de vista segundo o qual a essência e o critério da culpa são entidades pessoais objectivo-socialmente (e não subjectivo-individualmente) determinadas.¹⁵⁶

Por mim, continuo a pensar que o conteúdo material da culpa jurídico-penal se apreende pelo melhor quando se combinam as idéias de que toda a culpa é culpa da atitude interior (*Gesinnungsschuld*) e, do mesmo passo, ter que responder pela personalidade documentada no facto e que o fundamenta. Desta forma se acorre à crítica — de outro modo procedente — de que a afirmação segundo a qual a culpa é culpa da atitude interna “não vai, substancialmente, para além do carácter formal da censurabilidade”.¹⁵⁷ Pelo contrário, deve afirmar-se que esta concepção, ligada à idéia de que também a culpa jurídico-penal é oferecida através de tipos-de-culpa, dá claramente a perceber que o que se censura em direito penal é a circunstância de o agente ter documentado no facto — no facto que é “expressão da personalidade” — uma atitude de contrariedade ou de indife-

rença (no tipo-de-culpa doloso) ou de descuido ou de leviandade (no tipo-de-culpa negligente) perante a violação do bem jurídico-protégido. E que o agente responde, na base desta atitude interior, pelas qualidades jurídico-penalmente desvaliosas da sua personalidade que se exprimem no facto e o fundamentam.

“Que, atrás desta visão do conteúdo material da culpa, esteja uma concepção, como a que venho defendendo,¹⁵⁸ sobre a liberdade como característica irrenunciável de toda a pessoa humana, como um “ser livre” ou um “princípio pessoal” enquanto modo característico de toda a realização humana; ou antes uma concepção mais céptica sobre a liberdade, que não afirma nem a nega, antes a aceita apenas como “postulado político-criminal dirigido ao juiz”,¹⁵⁹ como “proposição normativa de que um homem, cuja capacidade de comando psíquico permanece, numa determinada situação, intacta, pode agir livremente, porque a imagem espontânea que tem de si mesmo o homem normal assenta nesta consciência de liberdade e porque não é possível um ordenamento da vida do homem em sociedade que faça sentido sem uma atribuição recíproca de liberdade”,¹⁶⁰ que seja de uma ou de outra forma é coisa que, em meu modo de ver, conduz a uma diferença teórica importante (a de que, no primeiro caso, a culpa é uma “realidade” do existir humano, enquanto, no segundo, do que se trata é simplesmente de uma “suposição que assegura a liberdade”¹⁶¹ — uma “liberdade” também ela “suposta”!), mas não a qualquer divergência prático-normativa incontornável.

Não o entende assim Roxin, que acusa a minha concepção — crítica esta extensível, de resto, a todas as que vêm o conteúdo material da culpa em ter o agente que responder pela personalidade — de sossobrar perante o problema da *inimputabilidade*; ainda e sempre na base da contradição¹⁶² que à luz daquela

concepção, para a qual a liberdade é uma característica de todo o modo de ser humano, residiria em se considerar inimputável o doente mental, mas já imputável, por exemplo, o agente onerado por uma pesada tendência para o crime, por um deficiente desenvolvimento espiritual ou moral, ou mesmo por um estado de afecto derivado de uma situação conflitual duradoura. A esta objecção — que, desde o momento em que formulei a minha concepção, senti como inevitável — tenho eu respondido¹⁶³ que, se bem que de um ponto de vista dogmático não haja óbice a que a inimputabilidade seja contabilizada entre as causas de exclusão da culpa, todavia ela surge materialmente numa vertente diversa daquela em que se inscrevem a falta não censurável de consciência do ilícito e a inexigibilidade: a inimputabilidade constitui, mais que uma causa de exclusão, um verdadeiro *obstáculo* à determinação da culpa. E isto porque o chamado substrato biopsicológico da inimputabilidade — principalmente uma anomalia mental, mas mesmo também uma idade jovem —, aliado a um certo efeito sobre a personalidade, destrói as conexões reais e objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente, a tal ponto que o seu acto pode ser “explicado”, mas não pode ser “compreendido” como “facto de uma pessoa”.

Roxin opõe, por um lado, a impossibilidade — e, de todo o modo, a inconveniência — de se introduzir por esta via a exigência de um acto “de comunicação pessoal” entre o juiz e o arguido, que não cabe nos pressupostos da concepção da culpa de que se parte, nem será viável em certas hipóteses e surgirá, em todos os casos, como necessariamente subjectivo; e, por outro lado, a circunstância de situações se poderem dar em que a inimputabilidade não furta a personalidade à compreensão do juiz, nomeadamente situações em que aquela

resulta de uma falta de inibições. Mas estas objecções não me parecem decisivas. É a categoria normativa (não necessariamente naturalística ou natural) da *incompreensibilidade* do facto como facto do agente, traduzida na impossibilidade de apreensão das conexões *reais e objetivas* de sentido que ligam o facto à pessoa, que constitui o verdadeiro critério da inimputabilidade:¹⁶⁴ aquela incompreensibilidade não afecta a qualificação do facto como ilícito-típico, mas impede em definitivo a sua qualificação como culposos, sobretudo à luz de uma culpa como o ter que responder pelas qualidades desvaliosas da personalidade que no facto *se exprime* e o *fundamentam*. Quanto aos factos que têm na sua base um estado duradouro de afecto — e que, nesta acepção, podem na verdade imputar-se a uma “falta de inibições”, — uma de duas: ou o estado de afecto se liga a uma anomalia psíquica determinante da inimputabilidade — e então é a anomalia psíquica, não o estado de afecto, que obsta à comprovação da culpa; ou não se liga e então a exclusão da culpa não pode ocorrer por via da inimputabilidade, mas só (eventualmente) pela da inexigibilidade”.¹⁶⁵

3. Dito isto, abre-se, porém, um largo campo de discussão à roda de opções dogmáticas fundamentais, tanto sobre o tipo-de-culpa, como sobre as causas de exclusão da culpa.

a) No que toca à *construção dos tipos-de-culpa*, uma das questões à qual — até pelas consequências sistemáticas fundamentais que acarreta — tendo a atribuir maior relevância é a que (espero que com propriedade) poderei chamar da *congruência* entre tipos-de-ilícito dolosos e negligentes, por um lado, e tipos-de-culpa dolosos e negligentes, por outro lado. Mesmo naqueles autores — e já avancei antes, sob V,

3, serem eles hoje porventura maioria, depois que amainou a controvérsia entre adeptos e adversários da doutrina da acção final — que defendem que dolo e negligência não esgotam o seu significado ao nível do tipo-de-ilícito, antes relevam também para a culpa; mesmo nesses autores, é indiscutivelmente maioritária — quando não mesmo praticamente unânime — a opinião segundo a qual é total a acima questionada “congruência”. O que vale por dizer que a linha fronteira que, em sede de tipo-de-ilícito subjectivo, tenha sido traçada entre dolo e negligência, já em nada deve (ou porventura mesmo pode) ser corrigida na construção dos respectivos tipos-de-culpa, verificando-se uma sobreposição perfeita entre uns e outros. Esta opinião está, porém, muito longe de ser líquida e não é, porventura, mesmo a melhor.

A sua questionabilidade logo se intui quando se repare que faltam completamente pontos de vista — teleológicos, funcionais e racionais — capazes de evitar que em sede de tipo-de-ilícito, dolo e negligência se *sobreponham* numa certa parte da sua extensão. Quando, por um lado, definimos a negligência, nesta sede, como violação de um dever objectivo de cuidado, não deve ser isto servir para obnubilar o bom fundamento da asserção de que também o facto (ilicitamente) doloso viola um dever objectivo de cuidado;¹⁶⁶ o que logicamente significa que, se quisermos traçar uma fronteira nítida entre dolo e negligência, o elemento decisivo há-de ser procurado naquele e não nesta. Só que, por outro lado, qualquer dos elementos de que se lance mão para traçar a fronteira do dolo-do-tipo confinante com a negligência-do-tipo é irremediavelmente polissémico, sobrepõe-se a elementos da negligência e, sobretudo, não pode com sentido ser posto em correlação com a essência do dolo-da-culpa. Fale-se na verdade, a propósito do dolo-

do-tipo, de finalidade (actual) ou de vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo, qualquer destes elementos, na sua máxima extensão pensável, abarca os casos em que o agente se representou como *possível* a realização;¹⁶⁷ representação esta que, como se tem considerado indiscutível, está igualmente presente em hipóteses que devem ser punidas a título de negligência.

A solução para a dificuldade residiria em encontrar um critério de delimitação daquela vontade ou finalidade que, servindo para definir a fronteira entre dolo e negligência, ainda pudesse ser imputado com sentido ao tipo-de-ilícito. Mas essa tarefa revela-se de cumprimento impossível. Seja qual for a fórmula que se decida eleger como preferível em matéria de dolo eventual — e o legislador português optou, como é sabido, pela fórmula dita da “conformação do agente com a realização do tipo-de-ilícito objectivo” (art. 14º, n. 3, do CP) —, ao menos nos casos mais difíceis e duvidosos não é possível lograr uma afirmação do dolo teleologicamente fundada sem apelar, em último termo, para a *indiferença* do agente perante a realização do tipo,¹⁶⁸ o que remete a questão para a *espécie de atitude interior* plasmada no facto e que o fundamenta e, deste modo, para a matéria relativa à culpa jurídico-penal. A razão está em que, vistas as coisas de uma vertente, a qualificação do dolo como eventual não pode depender apenas da afirmação de um elemento psicológico (volitivo) que se inscreve legitimamente ainda no plano do tipo-de-ilícito subjectivo, mas tem de depender também de um elemento emocional que se inscreve já no tipo-de-culpa.

É minha opinião, pois, que, em sede de tipo-de-ilícito subjectivo a distinção entre dolo, como conhecimento e vontade de realização do tipo-objectivo, e negligência, como violação do dever objectivo de cuidado, não pode obstar

à aceitação da existência de uma zona comum aos dois tipos subjectivos de ilícito e onde, por conseguinte, qualquer deles pode ser afirmado; ficando a sua distinção nestes casos — nos casos que põem em causa a distinção entre dolo eventual e negligência consciente — em último termos dependente de considerações de *culpa* jurídico-penal.

b) Um outro ponto em que uma exacta delimitação entre o tipo-de-ilícito subjectivo e o tipo-de-culpa entra de certo modo em crise tem a ver com a problemática do *erro* (censurável). A questão contende, *na sua expressão sistemática*, com saber se a problemática do chamado erro que exclui o dolo (artigo 16º do CP) pode ser definitivamente decidida ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo — como é hoje doutrina praticamente indiscutida pelos autores que aceitam a existência de um tal tipo; ou se, pelo contrário, essa problemática contende ainda, sempre ou em certos casos, de uma forma autónoma e constitutiva, com a questão da culpa. Tenho por exacta a segunda alternativa; e talvez que ao considerá-la eu possa esperar que se torne mais clara a minha posição em toda a matéria respeitante à culpa jurídico-penal.

Sempre defendi que a temática do erro é, e só pode ser, especificamente atinente à culpa: o problema do erro é, em todas as suas formas de relevância, um problema de culpa jurídico-penal, radicando aquelas diversas formas e a sua diferenciação, em último termo, em considerações de culpa material¹⁶⁹. Mas nem por isso me sinto vinculado, partindo dali, a sustentar que — de forma paralela à que acabei de defender em matéria de dolo eventual — os problemas do erro não podem nunca ser decididos logo em sede de tipo-de-ilícito. Tal como, *v.g.*, a distinção entre dolo directo e negligência pode receber solução definitiva logo naquela sede,

nada *a priori* exclui que isso possa igualmente acontecer com certas formas de erro e que, nestas, a sua refracção ao nível dos tipos-de-culpa seja só mediata e, em todo o caso, não autónoma.

É isso que, em meu juízo, efectivamente sucede com o erro sobre a factualidade típica, a que se refere a 1ª parte do art. 16º, n. 1, do CP. Nestes casos, o erro versa sobre um elemento constitutivo do tipo-de-ilícito objectivo e não permite, em consequência, que se verifique a congruência indispensável entre este e o tipo-de-ilícito subjectivo doloso.¹⁷⁰ O dolo fica, pois, logo aqui excluído, não sendo em caso algum possível que um tipo-de-culpa doloso viesse a ser afirmado. Coisa diversa se dirá, porém, de todas as outras hipóteses de erro que o art. 16º, ns. 1 e 2, equipara ao erro sobre a factualidade típica: o erro sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, e o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto, e o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a culpa do agente. Em todos estes casos, o dolo-do-tipo não pode deixar de ser firmado, pressuposto que o agente tenha actuado com o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo que o art. 14º do CP requer. É verdade que também estas espécies de erro, como expressamente o indica o referido art. 16º, excluem o dolo, em perfeita paridade com o que sucede com o erro sobre a factualidade típica em sentido estrito; isso sucede, porém, não porque o dolo-do-tipo fique em tais hipóteses excluído, mas por considerações de culpa material que conduzem a negar que o agente tenha exprimido no facto uma atitude interior contrária ou indiferente à violação dos bens jurídicos.¹⁷¹ Numa palavra, isso sucede só porque o tipo-de-culpa doloso fica excluído¹⁷² e, com ele, a punição do agente a esse título.

4. É, no entanto, quando se afronta a temática das *causas que excluem a culpa* que se suscitam os mais difíceis problemas dogmáticos com que, nos nossos dias, a doutrina do crime se vê defrontada e aqueles que mais funda influência podem exercer (e vêm na verdade exercendo) no figurino sistemático com que aquela doutrina se pretende apresentar. Este juízo vale, sobretudo, para a consideração dos fundamentos político-criminais e dogmáticos da teoria da *inexigibilidade*.¹⁷³

a) É sabido que a doutrina de acção final, na formulação que lhe foi conferida por Hans Welzel, operou um sensível esvaziamento da categoria da culpa jurídico-penal relativamente à concepção normativa anterior; sustentando que só assim ela corresponderia, de forma pura, à sua verdadeira essência de *juízo de censura*, dirigido pela ordem jurídica ao agente por ele ter agido contra a norma, quando devia e podia ter-se deixado motivar por ela. Não pertencendo à categoria da culpa quaisquer elementos relativos ao dolo e à negligência, daquela fariam parte tão-só a imputabilidade, a consciência (potencial) do ilícito e a exigibilidade legal de outro comportamento.¹⁷⁴

Há quase trinta anos atrás, um dos mais estrénuos defensores da doutrina de acção final, Reinhart Maurach, operou um novo esvaziamento da categoria relativamente ao que resultava já na concepção welzeliana; para tanto intercalando no sistema, entre os elementos da tipicidade e da ilicitude de um lado, e o da culpa de outro, uma nova categoria: a da *Tatverantwortung* ou (em tradução literal) da *responsabilidade pelo facto*. E fê-lo, importa sublinhar, não em nome de considerações construtivo-sistemáticas retiradas da concepção final da acção ou a ela ligadas, mas invocando razões político-criminais e de funcionalidade do sistema. Logo por isso a análise desta concepção assume,

no contexto das nossas considerações, plena justificação.

O argumento político-criminal mais interessante em que repousa a doutrina da responsabilidade pelo facto reside no seguinte: em que situações há, atinentes ao elemento dito da “inexigibilidade”, como tal tradicionalmente consideradas causas de exclusão da *culpa* — e que por isso, logo por razões sistemático-conceituais, seriam de todo estranhas (no sentido de “inaplicáveis”) ao direito das medidas de segurança, máxime aos imputáveis —, que devem afinal ser aferidas relativamente à aplicação tanto de uma pena como de uma medida de segurança; e que acabam assim por se revelar como pressuposto (ao menos “negativo”) de aplicação não só daquela como desta. A razão para tanto residiria em que, em tais situações — pense-se nomeadamente no facto cometido em estado de necessidade desculpante, ou em excesso de legítima defesa não censurável (arts. 35º e 33º, n. 2, do nosso CP) —, o comportamento contrário à norma é “perdoável” ou “desculpável” relativamente a *toda e qualquer pessoa* (isto é, *em geral*) e nada tem a ver com o agente concreto ou com as suas específicas condições endógenas e pessoais: numa palavra, não releva em sede de *culpa*. Mas uma vez que, nem por ser assim, têm tais situações relevância ao nível do juízo de ilicitude,¹⁷⁵ no sentido de este poder ser face a elas negado, forçoso seria concluir que elas devem ser imputadas a uma categoria intermediária entre a ilicitude e a culpa, justamente a categoria da *responsabilidade pelo facto*.¹⁷⁶

A crítica a esta argumentação tem seguido a linha de considerar improcedente tanto o ponto de partida como a conclusão. Assim, diz-se, tem razão Maurach ao argumentar que a razão da impunibilidade de quem age em situação de inexigibilidade legalmente reconhecida é diferente da que cabe a quem

age em estado de imputabilidade ou de falta de consciência do ilícito não censurável; porque no primeiro caso a situação não exclui a culpa individual, antes a diminui só de forma sensível, tornando o facto indigno ou não carecido de pena. Todavia, acrescenta-se, mesmo quem tenha agido numa situação tal deve poder ser objecto da aplicação de uma medida de segurança, se, apesar daquela, o agente se revelar perigoso: a relevância (eventual) de uma tal situação para aplicação de uma medida de segurança opera-se aqui pela via não da exclusão da culpa ou da responsabilidade pelo facto, mas pela da perigosidade que, ela sim, é condição *sine qua non* da aplicação de uma medida de segurança.¹⁷⁷

Seja porém como for quanto a este ponto, aduz-se ainda, a conclusão no sentido de intercalar a categoria da responsabilidade pelo facto entre os elementos da ilicitude e da culpa — ou de fazer daquela categoria, na expressão de Zipf, uma “fase que precede a culpa” — seria errónea. Exacto seria, pelo contrário, que nos casos que ali se têm em vista (e que continuarei a chamar, complexivamente e por razões de comodidade e brevidade de expressão, de casos de inexigibilidade) “tanto a ilicitude como a culpa [...] são inteiramente de afirmar”¹⁷⁸. Pelo que das duas uma: ou a nova categoria da responsabilidade pelo facto não tem razão de ser bastante, tudo cabendo numa compreensiva concepção da culpa; ou, quando ela deva ter lugar no sistema jurídico-penal, terá de posicionar-se como categoria “posterior” à culpa e não “anterior” a ela.

5. Na verdade, qualquer destas posições encontra hoje defensores na dogmática alemã e na sua construção do sistema jurídico-penal.

a) A primeira posição — a daqueles que consideram a categoria da respon-

sabilidade pelo facto como dispensável à construção do sistema jurídico-penal, tudo devendo resolver-se dentro da categoria tradicional da culpa — é largamente maioritária na doutrina alemã mais recente.¹⁷⁹ Ela louva-se fundamentalmente no argumento de que tanto as situações de inimputabilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável, por um lado, como as de inexigibilidade, por outro, são *situações atinentes à culpa* do agente. Com uma diferença, todavia: no primeiro caso, tais situações tiram ao agente o poder (concreto) de agir de outra maneira e, por conseguinte, *excluem* a culpa; no segundo, o poder de agir de outra maneira persiste — e dir-se-ia por conseguinte que persiste a culpa. A verdade é porém, alega-se, que um tal “poder” se encontra nestes casos *extremamente reduzido*, pelo que extremamente reduzido se revela também o juízo de censura de que o agente se tornou passível: em casos tais a ordem jurídica “compreende” o facto e, em consequência, *desculpa* o agente em função da situação de necessidade em que actuou. Se um e outro dos tipos de situação são diferentes nos seus fundamentos, eles identificam-se na consequência: a negação da culpa, e devem, por isso (sobretudo num sistema teleológico, funcional e racional), ser imputados à mesma categoria dogmática na edificação do sistema.

Esta concepção das coisas é, a meus olhos, profundamente inconsequente e deve ser repudiada. Não consigo convencer-me de que o efeito sobre a culpa das situações de inexigibilidade deva, na realidade das coisas, ser mais débil ou mais distante do que o das de falta de consciência do ilícito não censurável,¹⁸⁰ e de que sobre esta diferença tenha o legislador erigido (ou deva erigir) diversas valorações. Se alguma diferença se pudesse estabelecer ela correria, como Maurach sustentava, em

sentido contrário, isto é, no sentido de um efeito *mais forte* da inexigibilidade sobre a irresponsabilidade do agente. Uma correcta determinação da incensurabilidade da falta de consciência do ilícito acabará por mostrar, porém, que ela radica *no mesmo fundamento* em que radica a inexigibilidade; a saber, em última análise, a persistência no agente, apesar do facto, de uma *atitude de fidelidade* a exigências ou a pontos de vista juridicamente relevantes e aceitáveis.¹⁸¹

b) A segunda posição — que, de certo modo ainda na esteira da consideração substancial avançada por Maurach, pretende acrescentar ao sistema a categoria da “responsabilidade pelo facto” (ou da “responsabilidade” *tout court*), colocando-a, todavia, num lugar sistemático que não precede a culpa, antes a ela se segue — é sustentada por Claus Roxin. Também para este autor, vistas bem as coisas, intercede uma diferença essencial entre, por um lado, a inimputabilidade e a falta de consciência do ilícito não censurável, que constituem verdadeiras causas de exclusão da culpa, e, por outro lado, as situações legalmente admitidas de inexigibilidade, onde se trata “não de uma exclusão da culpa, mas de uma exclusão da responsabilidade penal”.¹⁸² Na verdade, enquanto a inexigibilidade e a falta de consciência do ilícito não censurável excluiriam a permeabilidade do agente ao apelo normativo, outrotanto não aconteceria com as situações de inexigibilidade: nestas, o que se faria sentir seria simplesmente a ausência de “necessidades preventivas”, tanto gerais como especiais, a que houvesse que acorrer com a pena; e consequentemente a ausência de responsabilidade.¹⁸³ A “responsabilidade” é assim uma categoria integrante da doutrina do crime, que se segue à da culpa e que engloba os supostos determinantes da necessidade preventiva da punição.

Não contestarei, neste momento das minhas considerações, o bom ou mau fundamento de se considerar necessária à dogmática do facto e ao sistema jurídico-penal a existência de uma categoria que se siga à da culpa e que, comandada por considerações autónomas de prevenção, abranja os supostos que tornem o facto digno ou carecido de pena (cf. sobre isto *infra*, sob VII e VIII). O que me permito contestar é que para essa categoria — qualquer que seja o seu conteúdo de sentido dogmático e político-criminal e como quer que ela deva formalmente definir-se — devam ser remetidos os casos de inexigibilidade, enquanto os de inimputabilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável seriam tratados na categoria tradicional da culpa.

Ouçamos o próprio Roxin quando se pronuncia sobre a doutrina de Maurach: “Em face do que foi exposto, é fácil ver que esta doutrina parte de uma observação exacta. Realmente, no caso do chamado ‘estado de necessidade desculpante’, bem como no caso do excesso de legítima defesa, a não punição não assenta em considerações acerca da culpa individual, mas sim na idéia de que, *em geral*, uma actuação que radica nessas situações não carece de ser punida”.¹⁸⁴ Mas se assim fosse — sublinho: *se* assim fosse — então não assistiria razão ao mesmo Roxin, quando acrescenta:¹⁸⁵ “É certo que, por via de regra, quando se verificarem os pressupostos do § 35 [estado de necessidade desculpante], um facto praticado por um doente mental não constituirá indício de perigosidade, ficando excluída, por este motivo, uma medida de segurança [...]. Mas se um homicídio, em si coberto pelo § 35, é cometido em circunstâncias que mostram que o doente mental é perigoso para a colectividade — por exemplo, porque ele fica ‘embriagado’ quando vê sangue —, então é inteiramente razoável aplicar-se uma medida de segurança”.¹⁸⁶

E não lhe assistiria razão por força da consideração seguinte: se as situações de inexigibilidade são tais que não permitem, em geral, a atribuição do facto à pessoa do agente, então também elas serão absolutamente inidóneas para, na sua base, se aferir da perigosidade ou ausência de perigosidade do agente. Dito de outra forma porventura ainda mais directa: *se* as coisas fossem assim, as razões que conduzem a que se não possa nem deva indagar da perigosidade se o agente não cometeu um ilícito-típico (v.g., porque actuou a coberto de uma causa de justificação), seriam, *em último termo*, as mesmíssimas razões que conduzem a que tal não deva ser possível também quando o agente actuou a coberto de um estado de necessidade desculpante. Porque, num caso como no outro, o facto praticado não pode ser *atribuído* à pessoa do agente, não pode, se se preferir, ser *imputado à sua responsabilidade*. Outra coisa significaria, do meu ponto de vista, uma violação dos pressupostos do estado de direito, que não permitem a aplicação de medidas de segurança não delituais, isto é, não referidas ao facto, mas directamente dirigidas à pessoa do agente. Pelo que haveria então que concluir que só uma concepção como a de Maurach — ou, em alternativa, como a de Gimbernat¹⁸⁷, que engloba ainda a inexigibilidade (ou pelo menos algumas das suas principais manifestações) entre as situações de justificação e de negação do ilícito-típico — se adequaria à teleologia do problema e à funcionalidade do sistema.

c) Só que, em definitivo, não creio que seja assim à face da compreensão que a ordem jurídica *portuguesa* e o seu sistema legislativo possuem das situações de inexigibilidade. Com efeito, a lei portuguesa não desculpa aquele que “praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida,

a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro"; só o desculpa quando, para além dos referidos pressupostos, "não seja razoável exigir dele, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente" (artigo 35º, n. 1)¹⁸⁸. E do mesmo modo — mas porventura ainda mais claramente — a lei portuguesa não desculpa quem usar de "excesso dos meios empregados em legítima defesa", "se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto"¹⁸⁹; só o desculpa se a perturbação, medo ou susto forem "não censuráveis". Ora que significado deve atribuir-se a estas estatuições legais no contexto das nossas preocupações?

A consequência a retirar dali é pura e simplesmente a de que não é exacto, no ordenamento jurídico português, o argumento básico de toda a concepção em exame, segundo o qual a impunidade que resulta das situações de inexigibilidade legalmente aceites constituiria um efeito de natureza *geral*, assente em outras considerações que não as da culpa individual. Tal significaria, na verdade — como insuperavelmente o formulou uma vez Eduardo Correia, justamente a este propósito —, "fazer funcionar o efeito [nos preceitos legais] previsto desligado da sua razão de ser".¹⁹⁰ Pelo contrário, tem de afirmar-se que o afastamento da punibilidade fica ali a dever-se sempre, em último termo, a considerações retiradas das circunstâncias *concretas* do facto e do seu agente, que fazem que *in casu* não seja razoável exigir dele outro comportamento, ou que a perturbação, medo ou susto que dele se apossou seja não censurável. O denominador comum de tais considerações reside, em minha análise, na circunstância de que, apesar do ilícito-típico praticado, se demonstra a *persistência no agente de uma atitude de fidelidade ao direito* que afasta a fundamentação do facto numa atitude pessoal juridicamente desvaliosa ou em

qualidades juridicamente desvaliosas da sua personalidade. Mas seja esta ou outra a explicação material aqui cabida, uma coisa se torna deste modo inquestionável: a de que a impunidade fica a dever-se sempre, numa palavra, a considerações de *exclusão da culpa*.¹⁹¹

Por ser assim é que nestas hipóteses se justifica, em último termo, que ao inimputável, que actuou no quadro (objectivo) de situações tais, possa ainda vir eventualmente a ser aplicada uma medida de segurança¹⁹²; porque relativamente a ele, em virtude de o substrato biopsicológico que o afecta ser tal que torna incompreensível o facto como facto de uma pessoa, não tem qualquer sentido perguntar se era de exigir um comportamento diferente ou se o estado de afecto asténico em que actuou é desculpável; por isso se pode passar à análise da perigosidade, sem com isto ofender princípios do estado de direito e sem pôr em causa a função de garantia que também os pressupostos de aplicação de uma medida de segurança são chamados a desempenhar.

Da mesma forma — como agora se terá tornado já compreensível —, e pelas razões expostas,¹⁹³ o erro de um inimputável sobre a factualidade típica que exclui o dolo deverá impedir (a menos que tenha praticado um ilícito-típico negligente abstractamente punível) que nessa base seja aferida a sua perigosidade e lhe seja eventualmente aplicada uma medida de segurança¹⁹⁴. Mas a aferição já se tornará possível se o inimputável tiver errado sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.¹⁹⁵

6. A conclusão a retirar do que fica exposto é a de que, sem devermos regatear homenagem aos esforços da doutrina mais recente para aprofundar a temática relativa à culpa jurídico-penal, a posição e o sentido que esta

categoria assumia tradicionalmente no sistema normativo tem — com a nova compreensão do seu conteúdo e da sua função que aqui lhe é assinalada — boas razões para se manter no quadro de um sistema teleológico, funcional e racional do direito penal. E que esta convicção só se reforça quando se tenham em vista, como de resto é indispensável a todo o trabalho do jurista português, os dados legislativos relevantes que individualizam o direito penal nacional a este propósito. Desta maneira fica, do mesmo passo, afastada a invencível dificuldade que, com razão, se opõe à posição de Roxin em matéria de “responsabilidade”: a de nela juntar duas idéias rectoras — a da “culpa” e a das “necessidades preventivas” —, que se igualariam no seu efeito comum de afastarem a responsabilidade sempre que uma delas se não verificasse *in casu*, apesar de se tratar ali de idéias diferentes na sua substância ou materialidade, na sua justificação político-criminal, na sua estrutura, na sua teleologia e (consequentemente) na sua função no sistema.¹⁹⁶

VII

1. Uma revisão do estado actual da doutrina do crime, à luz, nomeadamente, do pensamento jurídico-penal de índole teleológica, funcional e racional, não poderá considerar-se completada antes que preste atenção à categoria dos *pressupostos (adicionais) de punibilidade* de que, na construção sistemática tradicional, fecha a abóbada do sistema. E, no entanto, mal se torna possível encontrar, no inteiro pensamento jurídico-penal, capítulo que, até há bem pouco, mais defraudasse pela sua inconclidência. Quem se sinta seduzido pelo ingente esforço, a que logo no início deste estudo aludi, de abstracção, mas ao mesmo tempo de racionalização, que representa a doutrina do crime nos

capítulos da acção, da tipicidade, da ilicitude, da culpa, não evitará um sentimento de perplexidade e frustração, ao deparar-se com o tratamento do capítulo relativo aos ditos pressupostos adicionais da punibilidade anterior à construção teleológica, funcional e racional.¹⁹⁷ Décadas de especulação doutrinal levaram só à bem pobre conclusão (*negativa*) de que ali se trata de um conjunto de pressupostos que, se bem que se *não* liguem *nem* à ilicitude, *nem* à culpa, todavia decidem ainda da punibilidade do facto.¹⁹⁸ E que, juntando as chamadas “condições objectivas de punibilidade”¹⁹⁹ às “causas de exclusão da pena”, englobaria elementos tão diferentes, na sua estrutura, no seu relevo político-criminal e no seu significado e função dogmáticos, como, por exemplo, a consumação ou a tentativa de suicídio no crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135º, n. 1) ou a prática de um ilícito-típico no crime cometido em estado de embriaguez (art. 282º, n. 1); a impunibilidade de votos e opiniões parlamentares (art. 160º, n. 1, da CRP); o facto de o agente ser encontrado em Portugal quando o crime tenha sido praticado no estrangeiro [art. 5º, n. 1, alínea c), I]; a prova da verdade da imputação ofensiva da honra [art. 164º, n. 2, alínea b), e 165º, n. 2]; a desistência da tentativa (art. 24º e ss.); etc.

Em data recente, contudo, a questão da compreensão dogmática e político-criminal da última das categorias sistemáticas integrantes do conceito de crime passou a suscitar vivo interesse e cerrada discussão, se bem que, até ao momento, ainda se não divissem consensos amplos sobre a matéria. Em meu juízo desempenhou aqui papel proeminente a discussão à roda de uma concepção teleológica, funcional e racional da doutrina do crime. Sobretudo por força, como se viu já, da chamada de atenção por Roxin para uma categoria da *responsabilidade*, que englobaria,

para além da culpa, a necessidade preventiva, geral e especial, de punição, e da controvérsia que à volta desta proposta se estabeleceu. Mas também por força da atenção que, neste contexto, passaram a merecer os conceitos de *dignidade penal* e de *carência de tutela penal*; conceitos que, se bem que já conhecidos da doutrina anterior, assumem agora uma nova e até há pouco insuspeitada relevância na construção do sistema da doutrina do crime.²⁰⁰

Uma revisão da categoria da *punibilidade* como elemento constitutivo essencial do conceito de crime implica, antes de mais, que ela seja expurgada de situações que, ou têm a ver com o tipo-de-ílcito ou o tipo-de-culpa e relevam ainda a esses níveis, ou, no outro extremo, não têm a ver com o conceito de crime e a respectiva doutrina geral. Quanto ao primeiro caso, só uma análise dos tipos legais de crime (ou tipos-de-delito) da Parte Especial — que aqui, obviamente, não pode ser feita ou sequer ilustrada — poderá conduzir a determinar o que são ainda elementos típicos, pertencentes ao ilícito ou à culpa, e o que são pressupostos de punibilidade.²⁰¹ Mas também é verdade que o resultado desta indagação (como sempre acontece nos problemas jurídicos complexos de qualificação) dependerá em alguma medida da — digamos — “pré-compreensão” que se tenha do que seja o sentido e a essência daqueles pressupostos. Quanto ao segundo caso — e para além da distinção entre pressupostos de punibilidade, por uma parte, e pressupostos processuais e de procedibilidade, por outra²⁰² —, parece claro, por exemplo, que um requisito (quase sempre referido neste contexto²⁰³) como o de o agente ser encontrado em Portugal quando deva ser julgado por crime cometido no estrangeiro é um pressuposto de aplicação da lei penal portuguesa no espaço, mas não um “pressuposto de punibilidade” com o sentido e

a função agora questionados de elemento constitutivo do conceito de crime.

Cumprido este nível de rarefacção do conceito de pressuposto de punibilidade, fica ainda, todavia, um largo campo de investigação, e certamente de dissenso. Partindo da concepção tradicional (negativa) — que é em todo o caso aquela, havemos de convir, que melhor se adequa à semântica do requisito questionado —, dir-se-á que pressuposto de punibilidade é todo o elemento que, não relevando ao nível do tipo-de-ílcito ou do tipo-de-culpa, todavia torna o facto susceptível de provocar um efeito ou consequência jurídica, tornando possível que esta se desencaide. Mas, dito isto, surgirá a pergunta crucial: qual é a *consideração material* que dentro desta categoria actua, conferindo-lhe unidade e consistência teleológica e fundamento político-criminal?

A resposta mais clara até hoje dada à questão posta é a avançada agora por Roxin: a inteira categoria dos autênticos pressupostos de punibilidade — seja sob a forma de “condições objectivas de punibilidade”, seja sob a de “causas de exclusão da pena” — é dominada pela idéia básica da prevalência de imposições de finalidades extrapenais; é, por outras palavras, expressão de que, em tais casos, uma ponderação entre imposições finais extrapenais, por um lado, e as carências de punição, por outro, conduzem a que aquelas prevaleçam sobre estas.²⁰⁴ Decerto, uma tal explicação não colhe perante muitas e importantes situações que até aqui prevalentemente se contavam entre os pressupostos de punibilidade, nomeadamente a desistência da tentativa e a generalidade das situações que um CP como o português crisma como de “isenção de pena”.²⁰⁵ Mas isso — responde Roxin — só porque tais situações não configuram em definitivo verdadeiros pressupostos de punibilidade, antes causas

de exclusão da “responsabilidade” na vertente da desnecessidade preventiva da punição.²⁰⁶

Face ao que ficou dito, sob VI, 4, acerca da doutrina roxiniana da responsabilidade, torna-se porém inevitável que levante reservas àquela doutrina também no que toca aos pressupostos de punibilidade. Se não vi razão bastante para juntar a culpa à necessidade preventiva de punição dentro da mesma categoria da “responsabilidade”, isso constitui sinal de que a concepção tradicional é, em meu parecer, de aceitar, ao menos na parte em que considera hipóteses como as de desistência da tentativa e, em geral, de isenção da pena como atinentes à categoria dos pressupostos de punibilidade. E se dever responder, perante esta asserção, à questão de saber qual é a idéia político-criminal e dogmática básica que dentro daquela categoria actua e lhe oferece unidade e consistência, a minha resposta irá no sentido de considerar que essa idéia é a da *dignidade penal*²⁰⁷. Deste modo fecharia eu a doutrina geral do crime, considerando que este se traduz sempre num *comportamento ilícito-típico, culposo e digno de punição*.

2. A idéia oferecida para fundamento da categoria, dogmática e político-criminal, dos pressupostos de punibilidade deve ater-se a uma decidida contradição, que procurará pôr em evidência, a níveis vários, as suas fraquezas e até mesmo as suas contradições.

Começará logo por afirmar-se que a idéia da dignidade penal, tanto no seu significado dogmático como político-criminal, é inadequada para ser posta como fundamento de uma só categoria integrante da doutrina geral do crime. O que ela constitui, sim — dir-se-á —, é um critério ou um princípio regulativo cujo significado não pode reduzir-se a uma só daquelas categorias, antes necessariamente se estende a *todas* elas:

pois torna-se evidente, logo à partida da construção, que só pode ser crime o comportamento que se revele digno de punição;²⁰⁸ o que significa que a dignidade penal é princípio regulativo de todas as categorias — antes de tudo do ilícito-típico²⁰⁹, mas também da culpa, da punibilidade — e, como tal, critério ubíquo e imanente à totalidade da doutrina geral do crime e do sistema respectivo.²¹⁰ Mas o argumento, por impressionante que se antolhe, não procede em definitivo. Decerto que a dignidade penal é um requisito co-natural ao crime como um todo e, por isso, princípio regulativo de toda a construção e de todo o sistema; tal como o é, por exemplo, a exigibilidade²¹¹, ligada à velha máxima *ad impossibilia nemo tenetur*. E todavia: tal como a exigibilidade, sendo princípio regulativo de todas as categorias constitutivas do crime, nomeadamente a do tipo-de-ilícito, não deixa de precipitar-se de forma específica e autónoma, enquanto princípio normativo ou decisório, na categoria da culpa jurídico-penal²¹²; assim também se deve aceitar que a idéia da dignidade penal, sem prejuízo da sua apreçoada ubiquidade e imanência, se assuma como elemento fundamentador e compreensivo *par excellence* da categoria dos pressupostos de punibilidade.

Dir-se-á em seguida, contra a concepção sustentada, que, sendo certo que considerações de dignidade penal estão já presentes nas categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa, nada fica então como *characteristicum* dos pressupostos de punibilidade, quando também estes sejam iluminados e fundamentados por aquela mesma idéia.²¹³ Mas também esta crítica não parece definitiva. E para o sugerir bastará relembrar uma verdade tão velha como indiscutível, a saber, que o crime é, *sub specie realitate*, uma unidade; e que a construção geral do crime se baseia, para o bem e para o mal, em um pensamento

categorial-classificatório. Assim, pois, torna-se possível — e compreensível — que o significado da dignidade penal se não esgote nas categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa (se bem que também nelas assumam significado) e se verta de forma autónoma em uma última categoria constitutiva do crime. O que, creio, se tornará ainda mais aceitável se se ponderar o seguinte: tal como disse suceder com a culpa, onde o facto ilícito-típico surge, em princípio, como culposos, também aqui se passa algo de análogo, mas em medida bem mais forte. O facto ilícito-típico e culposos é também, em regra, facto digno de pena. Mas pode suceder excepcionalmente que o não seja, se nele se não verificarem ainda pressupostos de punibilidade; pressupostos que têm a ver directamente com a dignidade penal do facto, com exigências de prevenção, geral e especial, que nele radicam, mas não esgotam o seu significado no tipo-de-ilícito ou no tipo-de-culpa.

A demonstração tornar-se-á, porventura, mais concludente se a iluminar com exemplos paradigmáticos, como julgo ser o da desistência da tentativa. Se não posso aceitar a posição de Roxin no que toca ao efeito dogmático e ao lugar sistemático que confere à desistência da tentativa — o da exclusão da responsabilidade —, já aplaudo sem reservas o essencial da sua concepção dos fundamentos dogmáticos e político-criminais da figura em questão. O que vale por dizer que também para mim, como para Roxin^{213a}, a impunibilidade da desistência se funda no regresso ao direito operado pelo agente e na consequente opção político-criminal do legislador de considerar que, em casos tais, o facto praticado não exige punição do ponto de vista da prevenção, geral ou especial. Mas a isto chamo eu justamente a *falta de dignidade penal do facto*. Trata-se nela, em último termo, de circunstâncias *do facto* (não da consequência jurídica, vale dizer, da

pena), que não tendo a ver com o tipo-de-ilícito²¹⁴ ou o tipo-de-culpa²¹⁵, todavia traduzem a falta de exigências preventivas que poderiam justificar que o efeito ou consequência jurídica se desencadeasse. Nesta acepção das coisas se verifica, na verdade, uma embrincação²¹⁶ dos conceitos de dignidade penal e de carência de tutela penal, na sua acepção tradicional; com a reserva, em todo o caso, sobretudo no que toca a este último conceito, de que eles funcionam ainda ao nível do facto (e por conseguinte da doutrina do crime) e como suas implicações, não ao nível da consequência jurídica (e por isso da doutrina da pena).

Se bem penso, o que acabo de defender para a desistência da tentativa posso e devo repeti-lo para algumas das situações²¹⁷ que o nosso CP considera como de “isenção” (não de “dispensa”!) da pena. Para aquelas situações em que do que se trata é de que o tipo-de-ilícito e o tipo-de-culpa concretamente verificados conferem ao total acontecimento uma *imagem global*, que, em função das exigências preventivas, fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal.

E o mesmo sucede, por último, em hipóteses de tipos legais contemplados na Parte Especial e nos quais tem sido apontada a existência de condições objectivas de punibilidade. Assim na hipótese do artigo 151º, onde o mesmo grau de ilicitude e de culpa do incitamento ou auxílio ao suicídio pode vir ou não a ser punido, consoante se tenha verificado ou não o suicídio consumado ou tentado. Quando, apesar do incitamento ou auxílio, o bem jurídico acabou por ser preservado, entende a ordem jurídica — bem, em minha opinião — que do facto efectivamente cometido se não desprendem exigências preventivas a que se torne necessário acorrer com a punição. O mesmo poderá ser repetido, de resto, para a hipótese do artigo 292º, quando a embriaguez do agente

acabou por não conduzir à realização de um tipo-de-ilícito.

Mais duvidosas são hipóteses²¹⁸ como as dos arts. 353º e 354º, quando se não verifique a condição, contida no art. 355º, n. 1, alínea a), de reciprocidade do Estado estrangeiro no tratamento penal de factos daquela espécie; ou como a dos crimes falimentares dos artigos 324º e segs., quando se não verifique a condição de a falência (ou a insolvência) vir a ser declarada; ou ainda como a das imunidades parlamentares (e outras análogas) relativamente à prática de certas espécies de crimes, nomeadamente de crimes contra a honra.

Não creio que esta última hipótese constitua, como diz Roxin, “o melhor exemplo de uma causa de exclusão da pena”.²¹⁹ Tenho mesmo dúvidas, pelo contrário, de que se trate ali de uma tal causa, abonando-me antes na concepção tradicional segundo a qual se trata de *pressupostos de aplicação da lei penal* (“quanto às pessoas”, como era de uso dizer-se²²⁰). No que toca, por outro lado, à exigência de que se trate de Estado com o qual Portugal mantenha relações diplomáticas e que conceda reciprocidade no tratamento penal da ofensa ou do ultraje, para que estes sejam puníveis, não me oferece grande dúvida tratar-se ali de verdadeiros *elementos do tipo-de-ilícito objectivo*; tudo se passando como se os arts. 353º e 354º mandassem punir quem atentar contra representante (ou injuriar a bandeira) de Estado estrangeiro que mantenha relações diplomáticas com Portugal e conceda reciprocidade... Prova disso vejo-a eu na asserção de que, neste domínio, o erro sobre a factualidade típica respectiva deve excluir o dolo, nos termos do art. 16º, n. 1. No que respeita, por último, à questão dos crimes falimentares, julgo poder subsistir quanto a eles a minha consideração fundamental: do que se trata aí — na exigência de que sobrevenha a falência ou insolvência — é de circuns-

tâncias que, deixando incólume a realização culposa de um tipo-de-ilícito, são todavia portadoras de necessidades preventivas que desencadeiam, em definitivo, a punibilidade.

Estou absolutamente de acordo com Roxin em que, perante muitas das hipóteses referidas, são em último termo *imposições de fins extrapenais* que fundamentam a impunibilidade. Mas reconhecer isto não significa contestar que tais imposições de fins se traduzem em opções político-criminais que, por sua vez, são vertidas em categorias da doutrina geral do crime. Foi Roxin quem disse uma vez²²¹ (e, dizendo-o, abriu uma nova era no domínio da nossa disciplina e trouxe para o seu espaço tantas novidades que só agora começam a frutificar!) que as categorias da doutrina do crime não podem deixar de ser político-criminalmente cunhadas. Estou *ab imo* de acordo com essa afirmação e não consigo convencer-me de qualquer razão válida para que ela não valha também para a última categoria constitutiva da doutrina do crime e para que nesta se faça antes uma espécie de “importação directa” de imposições finais extrapenais para o âmbito jurídico-penal. É minha convicção, bem ao contrário, de que tais imposições finais extra-penais, onde quer que existam, se transformam em opções político-criminais que, através da idéia base da dignidade penal, são recebidas na categoria sistemática dos pressupostos de punibilidade. Neste contexto se pode talvez aproveitar a idéia luhmaniana de que o sistema é por vezes “irritado” por imposições finais providas de outros sistemas; mas que, perante uma tal situação, o sistema “interioriza” essas imposições extra-sistemáticas que perante ele surgem como “ambiente”.²²² E interiorizando-as, exprime, no caso aqui em apreço, essencialmente a idéia de que o comportamento é um tal que, para além do conteúdo do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa, só sob tais pressupostos

adicionais se revela *na sua globalidade*, segundo o desvalor ético-social do seu substrato, comunitariamente insuportável.²²³ A importância que uma concepção deste tipo pode ter para compreensão da impunibilidade (ainda que não legalmente determinada de forma expressa, antes só judicialmente determinada) de casos ínfimos de *criminalidade bagatelar* parece evidente.²²⁴ Se bem que o tema, pela sua dificuldade e pela extensão enorme das suas implicações, não possa ser aqui tratado, fique ao menos registrada a minha convicção de que se trata, na via proposta, de um caminho bem mais seguro do que o de ensaiar critérios limitadores de interpretação dos tipos-de-ílicito respectivos, concretizadores ou não da conhecida cláusula da adequação social.²²⁵

VIII — “Punibilidade” — a categoria que, depois do que fica dito, pode assim ser cognominada para designar a última pedra do edifício do conceito de crime e da respectiva doutrina geral — é, sob um certo ponto de vista, um conceito equívoco. Face à sua expressão semântica poderia ser ele entendido, na verdade, como um requisito de cuja verificação dependeria em definitivo a efectiva aplicação de uma pena (ou eventualmente de uma medida de segurança). Não é assim, porém. Ele pretende traduzir apenas a idéia de que, uma vez presente, estão verificados no crime todos os pressupostos indispensáveis para que a punição possa desencadear-se. De tal modo que, em vez de dizer-se que os pressupostos de punibilidade condicionam a punição, melhor se dirá que, uma vez eles verificados, se perfecciona o *Tatbestand* (no sentido da Teoria Geral do Direito) que faz entrar em jogo a consequência jurídica (a *Rechtsfolge*) e a sua doutrina autónoma.

Pode acontecer na verdade que a punição acabe por não dever efectivar-

se, por razões que já não têm a ver com a doutrina do facto, mas autonomamente com a doutrina da consequência jurídica, com a doutrina da pena. A oposição que aqui desejo pôr a claro exprime-se de resto no nosso sistema legal, com meridiana clareza, através da contraposição, por exemplo, entre os casos de isenção da pena (que já vimos constituirem hipóteses de falta de punibilidade) e os de dispensa da pena, contemplados em geral no art. 75º do CP. Nestes últimos casos o facto (ou o crime, ou o *Tatbestand*) apresenta-se integralmente realizado, nada faltando, nem sequer a dignidade penal e portanto a “punibilidade”, à sua aptidão para desencadear a consequência jurídica. Esta, todavia, não sobrevém porque um tal efeito — a pena — não surge, perante as finalidades que deveria cumprir, como *necessário*.²²⁶

É possível, para traduzir a idéia mestra que nesta categoria actua, apelar para o conceito de *concreta dignidade punitiva*²²⁷; como é possível utilizar neste contexto, reformulando-o, o conceito que, juntamente com o de dignidade penal, vem constituindo a *crux* da mais moderna dogmática da doutrina do crime: o conceito de *carência de tutela penal*. Ponto é só que se torne claro que o conteúdo da idéia, qualquer que seja o nome que ao conceito se confira, é atinente já não à doutrina do facto ou do crime, mas à da consequência jurídica ou da pena. Por isso e correspondentemente, o conceito não deve ser conexionado com o “facto penal”, mas com a *punição* como tal; em vez de carência de tutela penal melhor se falará então de *carência punitiva*, carência de punição ou de pena.

A contraposição, que deste modo acabo de estabelecer, entre a “dignidade penal”, como idéia reitora da categoria da punibilidade do facto, e a “carência de pena”, como categoria actuante ao nível da consequência jurídica, não se

cobre com a distinção — hoje muito reclamada por certos autores, na esteira de Max Weber²²⁸ — entre uma “racionalidade axiológica” e uma “racionalidade finalística”; a primeira integrante da categoria da dignidade penal, a segunda da categoria de carência de tutela penal. Não se cobre com esta distinção, nem — como se compreenderá depois do que ficou dito antes sob II — em definitivo a pode aceitar. Qualquer das categorias em análise (como afinal *todas* as categorias jurídico-penais) é composta de elementos pertencentes àquelas duas racionalidades: a cunhagem político-criminal do sistema e das suas categorias fundamentais, tal como aqui vem sendo defendida, não significa a exclusividade (nem sequer a predominância) de programas finais; pois já as proposições político-criminais são axiologicamente fundadas e, nas suas conexões com o sistema, normativamente explicitadas. E se isto vale para a doutrina do crime, não vale em menor medida para a doutrina da consequência jurídica: também esta é político-criminalmente determinada, decerto, mas também ela o é na base de decisões axiológicas, de intencionalidades normativas e de critérios gerais de valor.^{229 e 230}

Já, porém, a distinção, que aqui pretendo levar a cabo, entre dignidade penal e carência de pena se pode em alguma medida confortar com a distinção que, proveniente da análise normológica, vem sendo feita entre “norma de valoração” (ou “norma de comportamento”) e “norma de sanção”²³¹. Não que eu queira, ao afirmá-lo, envolver-me na discussão, hoje renovada, acerca da distinção bindinguiana entre “norma” e “lei penal”, ou da distinção bierlingiana entre “norma primária” e “norma secundária”²³². Mas apenas sublinhar que, logo no plano da norma penal, na sua globalidade, se dá uma diferença, lógico-materialmente fundada, entre o segmento dirigido à carac-

terização do comportamento e o segmento reportado à caracterização da sanção. Ou, se quisermos transpor a idéia para um plano funcional-sistemático, sublinhar que o sistema do crime e o sistema da sanção se comportam como dois subsistemas de referência mútua e de complementação obrigatórias.

Neste sentido julgo poder afirmar, a concluir, que assim como a idéia da dignidade penal é o elo que liga e oferece consistência e sentido aos pressupostos de punibilidade do facto, o conceito de carência de pena é um dos operadores mais relevantes ao nível da doutrina da consequência jurídica, ligado como está às idéias da necessidade, da subsidiaridade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou se quisermos, numa palavra, ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo. E não seria difícil mostrar como esta categoria tem uma palavra decisiva a dizer não apenas acerca do sistema das sanções como um todo, mas também sobre problemas específicos daquele sistema, nomeadamente sobre os da determinação da pena (quer enquanto determinação legal, quer enquanto medida da pena, quer enquanto escolha da pena).²³³

Assim termino as reflexões que me propus a fazer sobre o estado actual da doutrina do crime. Tratou-se nelas, assumo-o abertamente, sobretudo de uma tentativa de diálogo com a doutrina alemã. Mas quem queria despir-se de preconceitos, não poderá deixar de reconhecer que à dogmática alemã continua a pertencer o primeiro e indisputado lugar na construção da doutrina do crime; e que quem se disponha a desconhecê-la ou minimizá-la incorrerá no sério risco de avançar com reflexões que já foram feitas e, assim, de se situar num estádio já ultrapassado (se não caduco) da ciência global do direito penal. Um certo chauvinismo, hoje infelizmente de novo em moda, pretende prevenir contra o perigo de importações

“estrangeiradas” em geral e, em particular, recusar a predominância do referente alemão no direito penal português. O que a meus olhos — e ainda que guardadas as devidas proporções — é coisa tão irracional e sem sentido como se, por exemplo, o pensamento filosófico ocidental pudesse recusar como “estrangeirado” o referente da filosofia grega antiga ou do idealismo alemão!

Tudo isto vale também relativamente à construção de um sistema teleológico, funcional e racional do direito penal, que encontra em Claus Roxin o seu arquitecto principal e para a qual este estudo procurou modestamente contribuir. Seja qual for a posição que entenda dever tomar-se face a este *approach*, uma coisa me parece segura: a de que é mérito seu irrecusável ter trazido para dentro do sistema do “facto” ou do crime as valorações político-criminais, conferindo a estas predominância absoluta na construção. Falta agora reconhecer sem reservas, em minha opinião, precisamente em nome da mesma consideração básica, que o sistema do direito penal (diversamente o que as mais vezes parece pensar a doutrina alemã²³⁴ e, na sua esteira, as doutrinas que tomam aquela como referente privilegiado) não é só o (sub)sistema do crime, mas é também, ao mesmo título científico e mesmo com predominância prático-jurídica, o (sub)sistema da sanção ou da consequência jurídica. Se isto puder ser reconhecido sem tergiversações, abrir-se-á um novo e vasto campo de reflexão à própria doutrina do crime, com a qual ela terá, no futuro, muito a lucrar.

NOTAS

138. Como eu próprio o fiz em *Liberdade...*, cit. na nota 28, pp. 233 e ss. A situação persiste hoje com uma complexidade agravada.

139. E de que são claro testemunho as posições assumidas por exemplo por Binding,

Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, e por v. Liszt nas diversas edições do seu *Lehrbuch* (informa a propósito Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtlichen Schuldlehre*, Berlim: Schweizer, 1974, pp. 27 e ss. e 38 e ss.), e a áspera querela que a este respeito, por diversas vezes, entre eles se estabeleceu.

140. Exemplar a este propósito a cerrada contestação movida por Bettiol às posições da escola de defesa social em todas as suas formulações e que constitui tema recorrente na maior parte dos seus escritos: v. Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova: Cedam, 3 vols., 1966, 1980. Instrutivo sobre a controvérsia F. Cavalla, *La pena comme problema*, Padova: Cedam, 1979, e “Les positions de la doctrine italienne au regard de la défense sociale nouvelle”, *RScC*, 1979, pp. 23 e ss.

141. Característica desta concepção das coisas se revela a exposição de Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 317 e ss.

142. A primeira das posições descritas pode encabeçar-se em Gimbernat Ordeig e Ellscheid e Hassemmer, a segunda em Jacobs. Sobre elas Figueiredo Dias, como na nota 28, e “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, in C.E.J. (org.), *Jornadas de Direito Criminal*, I, 1983, p. 67. Criticamente, por último, também Roxin, “Culpa e responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade”, *RPCC* 1, 1991, pp. 530 e ss. e 521 e ss., e agora, entre nós, Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a Sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 252 e ss.

143. Reforce-se (cf. notas 27 e 46) o mérito que, no esclarecimento desta forma de colocação do problema, assiste ao ensinamento de Roxin a partir do seu estudo publicado no *MSchrKrim*.

144. E vale efectivamente, entre nós, por imperativo jurídico-constitucional: CRP, art. 18º, n. 2.

145. Exactamente nestes termos também Roxin, como na nota 142, p. 531.

146. Cf. já, praticamente com as mesmas palavras, os meus escritos citados na nota 28, na esteira de igual conclusão de Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg: Müller, 1972, p. 41. Mas persisto igualmente em não considerar neces-

sário — nem muito menos exacto —, para fundar uma tal conclusão, sustentar, com Faria Costa, como na nota 142, p. 373, “que a pena tem um sentido e uma finalidade ético-jurídica essencialmente retributivos”.

147. O que, em si mesma considerada, é uma afirmação correcta: cf. Gallas, como na nota 9, p. 63, e o meu estudo citado na nota 142, p. 69.

148. Figueiredo Dias, como nas notas 3, § 10, 28, passim, e 142, pp. 64 e ss.

149. E que hoje, valha a verdade dizê-lo, se tornaram absolutamente dominantes (cf., por último, Roxin, como na nota 142, pp. 513 e ss.), só restando saber (sobre isto v. a seguir, em texto) se delas se retiraram as consequências dogmáticas e sistemáticas que se impõem.

150. Assim todavia, de forma paradigmática, Armin Kaufmann, “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum”, *Eb. Schmidt — FS*, 1961, p. 319.

151. Posição esta por mim desde sempre defendida — desde o meu primeiro trabalho citado na nota 130, pp. 64 e ss.

152. Assim Figueiredo Dias, como na nota 3, § 10, e *Liberdade...*, como na nota 28, pp. 155 e ss., com indicações bibliográficas concordantes (Heinitz, Engisch, Nowakowski e outros).

153. Assim Gallas, como na nota 9, p. 62; Jescheck, como na nota 17, § 38 II 5, e tb. Figueiredo Dias, como na nota 3, pp. 252 e ss.

154. Roxin, como na nota 142, pp. 524 e ss.

155. E que, como disse acima, aqui não reconsiderarei.

156. O que permite afirmar a Roxin, como na nota 142, p. 529 — com razão —, que “o conceito de culpa [por ele] defendido baseia-se [...] numa justificação social da pena e, nessa medida, assemelha-se à doutrina sustentada por alguns defensores da culpa referida ao carácter e ao conceito funcionalista de culpa de Jakobs”.

157. Roxin, como na nota 142, p. 516.

158. Como na nota 3, pp. 177 e ss., como na nota 28, passim, e, por último, “Le modèle ‘compréhensif’ de la doctrine du manque d’imputabilité en raison d’anomalie psychique”, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milão: Giuffrè, I, 1991, p. 197.

159. Roxin, como na nota 27, p. 320.

160. Roxin, como na nota 142, p. 527.

161. A transcrição é do próprio Roxin, como na nota 142, p. 530, mas o itálico é meu.

162. Que (como eu próprio pus em relevo: *Liberdade...*, como na nota 28, p. 186) já Engisch, “Bietet die Entwicklung...”, *ZStW*, 66 (1954), p. 363, considerou uma “contradição radicada mesmo no fenómeno ético” e que por isso teria de ser suportada também no âmbito jurídico-penal.

163. Nos lugares referidos na nota anterior; e depois *Studi Nuvolone*, como na nota 158, pp. 211 e ss.

164. É esta categoria e não, imediata e propriamente, o “acto de comunicação” a levar a cabo pelo juiz, o qual traduz só o reflexo jurídico-processual do problema. Acto comunicacional susceptível (cf. agora, ainda que em contexto diferente, também Faria Costa, como na nota 142, pp. 490 e ss.) de assumir “objectividade contextual” em todos os processos penais relativos a imputáveis; afirmar que ele radicaria sempre na subjectividade do juiz significaria confessar que teríamos de renunciar a toda a pretensão de objectividade em qualquer decisão penal.

165. Asserção, esta, para a qual eu julgaria poder contar com a concordância do próprio Roxin, atentas as considerações que, num contexto análogo ao do texto, escreveu num seu estudo de 1979. Cf. Roxin, como na nota 53, pp. 294 e ss.; e depois o meu trabalho citado na nota 28, *Liberdade...*, pp. 270 e 274.

166. Fundamental a propósito Engisch, como na nota 101, p. 416. E na sua esteira, com insistência, Figueiredo Dias, como na nota 3, p. 20²⁵, e *Direito Penal*, sumários de lições copiografados, Coimbra, J. Abrantes, 1975, pp. 149 e 158 e ss., e agora Faria Costa, como na nota 142, pp. 251 e ss. e 317 e ss., ao defender que “a norma de proibição penal [...] se impõe como referente de um cuidado”.

167. Gallas, como na nota 9, pp. 57 e ss.; e já substancialmente no mesmo sentido Engisch, “Der finale Handlungsbegriff”, *Kohlrausch — FS*, 1944, pp. 154 e ss.

168. Como desde sempre venho afirmando (cf. desde logo a minha dissertação citada na nota 130, pp. 71 e ss.; e depois como na nota 3, p. 374¹⁸, *Dir. Pen.* como na nota anterior, p. 198, e como na nota 142, pp. 71 e ss.) na esteira de Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930: “indiferen-

ça defeituosa face à violação jurídica", "falta de resistência perante a violação jurídica representada". Cf. agora também, entre nós, Faria Costa, "Tentativa e Dolo Eventual", *Estudos E. Correia*, como na nota 6, pp. 700 e ss.

169. Podendo talvez mesmo afirmar ser esta e não qualquer outra a "tese" por excelência que defendi no meu estudo citado na nota 3.

170. Volto aqui à expressão — cunhada por Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, p. 389 — "erro sobre a factualidade típica" para significar que a situação será de todo o ponto diversa (e na verdade, nesses casos, equiparável à da falta de consciência do ilícito, regulada pelo art. 17º do CP) se o agente errar sobre a "qualificação" de um certo elemento de facto, como nomeadamente pode suceder em caso de erro sobre elementos normativos do tipo-de-ilícito subjectivo. Cf. o meu estudo citado na nota 3, § 22.

171. Neste sentido o meu estudo citado na nota 3, §§ 20 e 21.

172. Sendo, todavia, certo que, tendo o agente também nesses casos, como acima expus, violado um dever objectivo de cuidado, a sua responsabilidade por negligência pode efectivar-se desde que se comprove que ele exprimiu no facto uma atitude de indiferença ou de leviandade perante a violação dos bens jurídicos.

173. Não deixando de ser curioso que a mais "jovem" (em tantas ordens jurídicas ainda nem sequer legislativamente reconhecida) das causas de exclusão da culpa — a falta não censurável de consciência do ilícito — seja justamente aquela que hoje dá menos lugar a controvérsia, tanto no seu fundamento político-criminal e no seu perfil dogmático, como na sua inserção sistemática!

174. Welzel, como na nota 65, p. 140.

175. A esta conclusão extrema (que, já em seu tempo, esteve na base das chamadas "teorias unitárias" do estado de necessidade: cf. sobre elas criticamente Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, II, 1965, pp. 71 e ss.) chegam, no entanto, se bem que conferindo-lhe extensão nem sempre coincidente, alguns autores espanhóis, na esteira de Gimbernat Ordeig, "Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem", *Welzel — FS*, Berlin: de Gruyter, 1974, p. 485, e, por último, "Rechtfertigung und Entschuldigung...",

in: Eser/Perron (orgs.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg i. Br., 1991, p. 71 (ob.cit. na nota 31 e neste momento já publicada); cf. depois Cuerda Riezu, *La colisión de deberes em derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 237 e ss. e 280 e ss. (sendo de grande interesse o prefácio de Gimbernat a esta obra).

176. Outra implicação dogmática desta nova categoria seria a de tornar perceptível que, nas situações descritas, também a comparticipação não seria punível. Criticamente todavia, por último, Roxin, como na nota 142, p. 536, e como na nota 13, § 22, números de margem 7 e ss.

177. Nesta conclusão abundam, entre outros, Roxin, como na nota 142, p. 537; Jescheck, como na nota 17, § 39 V 2; Hirsch, *LK*, antes do § 32, número de margem 174.

178. Roxin, como na nota 142, p. 536.

179. Eu próprio lhe fiz já uma referência crítica detalhada em *Liberdade...*, como na nota 28, pp. 74 e ss. e 249 e ss.

180. Para deixar fora de consideração a questão da inimputabilidade, que já acima, sob 3 *in fine*, foi considerada.

181. Também Roxin, como na nota 142, pp. 534 e ss., acaba por concluir que entre as situações de inexigibilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável não existe diferença quanto à inevitabilidade do facto e que também naquelas o agente é desculpado quando, apesar de o facto ser ainda evitável, "tenha satisfeito as exigências normais de fidelidade do cidadão ao direito".

182. Roxin, como na nota 142, p. 536.

183. Assim já muito claramente Roxin, *BFDC*, como na nota 27, pp. 21 e ss.

184. Roxin, como na nota 142, p. 536 (itálico meu).

185. E no mesmo sentido os restantes autores citados supra, na nota 177.

186. Roxin, como na nota 142, p. 537 (intercalado meu).

187. Cf. supra nota 175.

188. A construção do correspondente § 35 (1) do Código Penal alemão é formalmente diferente. Ele estatui: "Quem comete um facto antijurídico, numa situação de perigo actual e não removível de outro modo para a vida, para o corpo ou a liberdade, para afastar o perigo de si, de um parente ou de outra pessoa próxima, age sem culpa. Isto não vale na medida em que ao agente, segundo

as circunstâncias do caso, nomeadamente porque ele próprio causou o perigo ou porque se encontra numa situação jurídica especial, podia ser exigido que suportasse o perigo [...]” É minha opinião que a esta diferença de redacção corresponde uma diferença material significativa. A saber: enquanto no direito alemão, nos casos *normais*, a exclusão da culpa decorre, como um corolário, dos elementos objectivos relacionados com o perigo e o bem jurídico ameaçado, isso não sucede no direito português, onde se torna *sempre* necessário que o juiz verifique que não era razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

189. Aqui, ao contrário do que sucede no direito alemão: cf. o § 33 do respectivo Código Penal, segundo o qual “se o agente exceder os limites da legítima defesa em virtude de perturbação, medo ou susto, não será punível”.

190. Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, II, p. 77.

191. Conclusão que é reforçada pela circunstância de a lei portuguesa usar a mesmíssima expressão (“não censurável”) a propósito da falta de consciência do ilícito (art. 17º, n. 2) e do excesso de legítima defesa (art. 33º, n. 2), que excluem a culpa! Não seria possível, sem grave quebra da unidade do sistema legal e sem ultrapassar arbitrariamente as possibilidades contextuais, sustentar que no primeiro caso se estaria perante uma verdadeira exclusão da culpa, no segundo já perante uma exclusão da responsabilidade pelo facto ou da responsabilidade *tout court*.

192. Se bem que todos estejamos de acordo em que isso, por princípio, não acontecerá, porque em tais hipóteses também a perigosidade, em regra, virá a ser negada. Mas é essa uma questão de que não devo aqui ocupar-me em pormenor.

193. Sobre as questões a seguir referidas, cf. A. Castaldo, “Der durch Krankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem”, in: Eser/Perron, como na nota 175, p. 343.

194. Sobre este ponto encontra-se a doutrina alemã irremediavelmente dividida. Sobre a situação informa Jescheck, como na nota 17, § 77 II 2 a, pronunciando-se nesta parte pela posição assumida no texto.

195. Mesmo sentido, além de Jescheck, como na nota anterior, também Welzel, como na nota 65, p. 264.

196. Nesta conclusão converge Costa Andrade, “A ‘Dignidade Penal’ e a ‘Carência de Tutela Penal’ como Referências de uma Doutrina Teleológico-racional do Crime”, pp. 34 e ss. de próxima publicação nesta *Revista*. Agradeço ao autor ter-me facultado o original dactilografado e permitido a sua discussão neste artigo; às páginas daquele original reenviam as citações.

197. O que se reforça pela circunstância — depois de quanto expus, verdadeiramente singular — de o tratamento tradicional não revelar nesta sede (ao contrário do que sucede com a acção, o tipo-de-ilícito ou o tipo-de-culpa) a menor sensibilidade aos pressupostos metodológicos ou filosóficos do sistema; a ponto que se não torna possível ao leitor de uma exposição sobre esta matéria determinar se o seu autor é positivista, normativista ou finalista, bem podendo dizer-se que em um tal tratamento não há diferença sensível e essencial entre *Tratados* escritos no princípio do nosso século ou quase no fim dele!

198. Assim, por muitos outros, Jescheck, como na nota 17, p. 497.

199. Que aliás, na doutrina portuguesa, valiam não poucas vezes como designativo geral de toda esta categoria: cf. Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, p. 370.

200. Sintomática deste novo estado de coisas é a amplitude da bibliografia que em data muito recente vem sendo dedicada a estes conceitos; como o é a circunstância de precisamente o tema “O papel da dignidade penal e da carência de tutela penal no sistema do direito penal” ter sido um dos tratados no recente colóquio internacional sobre “Um sistema do direito penal para a Europa”, que teve lugar na Faculdade de Direito de Coimbra em Maio de 1991, por ocasião da outorga do grau de *doctor honoris causa* a Claus Roxin: sobre ele Pedro Caeiro, *RPCC*, 1 (1991), p. 629. Os trabalhos deste colóquio serão em breve publicados numa editora alemã e noutra espanhola; e as contribuições portuguesas e algumas estrangeiras surgirão publicadas em próximos números desta *Revista*. O tratamento português do aludido tema coube a Costa Andrade, como na nota 196.

201. Assim, p. ex., Roxin, como na nota 13, § 21, números de margem 8 e segs. e 12 e segs., defende que no crime em estado de embriaguez (§ 323a do Código Penal alemão)

a prática do ilícito-típico pelo agente não é de modo algum *unrechtsneutral*, pelo que não deve ver-se aí um mero pressuposto de punibilidade; e o mesmo deveria repetir-se para a participação em rixa (§ 227) relativamente à verificação de uma morte ou de uma ofensa corporal. Restaria determinar se uma tal doutrina pode sustentar-se perante preceitos como os dos nossos arts. 282º e 151º; mas dessas questões não tratarei eu aqui.

202. Cf. sobre o ponto, por último, Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 40 e ss. E entre nós Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 32 e ss. e 122 e ss.

203. Cf., p. ex., Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 175 e 370.

204. Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 21 e segs., acentuando, todavia, que o essencial da sua idéia se encontra já em alguns autores, mesmo antigos, e remetendo para a exposição a propósito de Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessung und Strafaufhebungsgründe*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976, p. 22.⁴²

205. Sobre esta figura Figueiredo Dias, "O Instituto da Dispensa de Pena: Algumas Notas", *RLJ*, 123 (1990-1), p. 198.

206. Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 16 e segs.

207. No mesmo sentido Schmidhäuser, como na nota 91, caps. 12 e 13; todavia com um sentido dogmático e uma intencionalidade político-criminal que em pouco se cobrem com os que presidem à posição assumida no texto. Estas diferenças são de resto comprovadas pela enumeração dos "verdadeiros" pressupostos de punibilidade apontada por Schmidhäuser, *ibidem*, cap. 12/7. A tese de Schmidhäuser encontra desenvolvimentos de grande interesse no estudo do seu discípulo Langer, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlim: Duncker & Humblot, 1975, pp. 327 e ss. Sobre o todo, cf., por último, Costa Andrade, como na nota 196, pp. 21 e ss.

208. Nesta medida assistindo razão a Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim: de Gruyter, 1949, p. 18.

209. Informação completa sobre a literatura alemã a este respeito em Costa Andrade, como na nota 196, pp. 2 e ss.

210. No sentido desta consideração logo Volk, "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus", *ZStW*, 97 (1985), pp. 888 e ss.; e agora Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 35 e ss., e, entre nós, Costa Andrade, como na nota 196, pp. 24 e segs. Na conclusão igualmente Luzon Peña, "Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau", comunicação ao colóquio referido na nota 200, pp. 3 e ss. do original dactilografado.

211. Mostrou-o — quanto a mim de forma "definitiva" — Henkel, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", *Mezger — FS*, Munique: Beck, 1954, p. 249; aliás na esteira de uma sugestão de Engisch, como na nota 168, p. 447, depois precipitada no seu estudo citado na nota 101, p. 420.

212. Assim já Figueiredo Dias, como na nota 3, p. 55.

213. Assim de novo Roxin, como na nota 13, § 23, número de margem 36.

213a. Roxin, por último como na nota 13, § 23, número de margem 17.

214. "Tornando-se por isso dispensável a artificiosa construção de Langhinrichsen. "Bemerkungen zum Begriff der 'Tat' im Strafrecht", *Engisch — FS*, Berlim: Duncker & Humblot, 1969, pp. 353 e ss., de um conceito extensivo de "facto", e consequentemente de tipo (a que chama "tipo normativo"), para efeito de medida da pena, no qual se poderia integrar o "regresso ao direito" em que se consubstancia a desistência da tentativa. Favorável a esta concepção se revela Ribeiro Faria, "Sobre a desistência da tentativa", *BFDC*, 57 (1981), pp. 128 e ss. Uma análise desta temática, do ponto de vista da doutrina da medida da pena, encontra-se em Figueiredo Dias, como na nota 40, § 8, números de margem 32 e ss.

215. Ao contrário da que foi a opinião de Roxin, como na nota 10, pp. 69 e ss., e a que em certa altura julguei poder, em alguma medida (idêntica, no essencial, à preconizada por Stratenwerth, como na nota 2, número de margem 705), ligar-me (cf. o meu *Direito Penal*, lições ao curso complementar, 1976, p. 32). Estou hoje plenamente convicto, todavia, que a idéia de "efeitos retrospectivos" sobre a culpa é de todo inaceitável: cf. o lugar citado na nota 214. Criticamente, face à aludida posição de Roxin, também Ribeiro de Faria, como na nota 214, pp. 112 e ss.

216. Análoga à já posta em relevo por Sax, "Grundsätzen der Strafrechtspflege", in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (orgs.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, III/2, Berlim: Duncker & Humblot, 1959, pp. 923 e ss.

217. A reserva ("algumas") pretende acautelar aqueles casos que o Código Penal crismou de isenção da pena quando, na verdade, se trata neles antes de situações de dispensa da pena expressamente previstas na Parte Especial e para além, por conseguinte, do que dispõe o art. 75º. Sobre isto Figueiredo Dias como na nota 205, pp. 201 e ss.

218. Sobre elas Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 22 e ss.

219. Roxin, como na nota 13, § 23, número de margem 24.

220. V., por todos, Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, pp. 189 e ss.

221. No seu fundamental estudo citado na nota 10.

222. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, p. 221. E sobre o ponto Costa Andrade, como na nota 5, p. 19.

223. Conclusão próxima da de Langer, como na nota 207, p. 275.

224. Cf. sobre o tema, por último, a monografia de Paliero, "*Minima non curat proetor*". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatelari*, Padova: Cedam, 1985.

225. Fundamental, ainda hoje, a este propósito, Hirsch, "Sozialadäquanz und Unrechtslehre", *ZStW*, 74 (1962), p. 78.

226. Figueiredo Dias, como na nota 205, p. 196. Não posso, por isso, deste ponto de vista, dar razão à argumentação sobre a matéria de Faria Costa, como na nota 142, pp. 373 e ss.

227. Como eu o fiz no lugar citado na nota anterior.

228. Pioneiro, no contexto que aqui nos interessa, Otto, "Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktskategorien?", *Schröder — GS*, Munique: Beck, 1978, pp. 51 e ss.

229. Não podendo eu, por isso, concordar nesta parte com Costa Andrade, como na nota 196, p. 14, quando afirma que "não deve desatender-se o peso acrescido dos momentos de finalidade no juízo de carência de tutela penal e a respectiva orientação preferencial para a fronteira do *output*, característica dos programas finais"; discordância que vale, naturalmente, só na base da possível identificação, no essencial, entre a categoria da carência de tutela penal e a que eu designei como "carência de pena".

230. Inaceitável me parece igualmente a tentativa de contrapor as duas categorias na base de que a da dignidade penal se reportaria ao facto, a da carência de pena (de tutela penal) ao agente (sobre esta contraposição Volk, como na nota 210, p. 898). Estabelecido e aceite que num estado de direito democrático todo o direito penal só pode ser direito penal do facto, reconhecido terá de ser que a consideração do agente só dentro daquele limite é possível; mas que, em compensação, ela é possível (e desejável) relativamente a todas as categorias dogmáticas do direito penal, digam elas respeito à doutrina do crime ou à da sua consequência jurídica.

231. Fundamental Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung von Rechtsgut*, Berlim, Duncker & Humblot, 1981, pp. 51 e ss. E agora Haffke, "Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung", comunicação apresentada ao colóquio referido na nota 200.

232. As primeiras, na recente caracterização de Haffke, como na nota anterior, por natureza prospectivas, funcionalmente preventivas da violação de bens e valores e como tal dirigidas ao futuro; as segundas por natureza retrospectivas, funcionalmente sancionatórias e como tal dirigidas ao passado.

233. Sobre tudo isto devo remeter para as minhas lições citadas na nota 40.

234. Cf., todavia, o que ficou dito supra, na nota 40, e a saliência especial que é de justiça conferir, neste contexto, à concepção de Schmidhäuser.

DOCTRINA NACIONAL

INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MODELO PARA IBERO-AMÉRICA NA LEGISLAÇÃO LATINO-AMERICANA. CONVERGÊNCIAS E DISSONÂNCIAS COM OS SISTEMAS ITALIANO E BRASILEIRO¹

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

1. O processo penal latino-americano rumo ao modelo acusatório.
2. O Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América;
3. A influência do Código Modelo nas reformas legislativas: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Guatemala e Uruguai.
4. Convergência com o novo processo penal italiano.
5. O processo penal de emergência na Itália.
6. O processo penal brasileiro: pontos de confluência com o novo modelo acusatório latino-americano;
7. Segue: pontos de dissonância.
8. Conclusões.

1. O processo penal latino-americano rumo ao modelo acusatório

Pode-se afirmar que na América Latina, até pouco tempo atrás, o processo penal dos países de origem espanhola e o do Brasil diferiam profundamente.

Nos sistemas de raiz hispânica os ordenamentos processuais ainda se inspiravam nas últimas leis espanholas de características nitidamente inquisitórias, anteriores à grande reforma processual penal de 1882 que, pela via da *Lei de Enjuiciamiento Penal*, introduziu na Espanha o movimento reformador da Europa continental. Nem mesmo os princípios e garantias das Constituições republicanas conseguiram ocasionar a reformulação dos códigos, deixando de permeá-los com os postulados que deveriam decorrer de sua concepção política (nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; juízo público

e oral; participação popular na administração da Justiça, etc.). E os estatutos processuais penais continuaram a abrigar um procedimento por registros escritos, informado pela ampla delegação de funções, mantendo, pelo menos na primeira fase procedimental, os juizados de instrução, escritos e secretos, incumbidos de colher as provas sem a necessária presença do juiz natural. Única exceção, já quase na metade do séc. XX, foi o Código de Processo Penal da Província de Córdoba (Argentina), sancionado em 1939, que estabeleceu um juízo público, oral, contraditório e contínuo.²

No Brasil, pelo contrário, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832 já espelhavam as idéias liberais da época. E, embora inaugurando discretamente um procedimento penal *ex officio* e mantendo a fase inquisitória prévia, instituíram o *habeas corpus* e o Juri

popular. Mas foi com a Constituição republicana de 1891, profundamente influenciada pelo sistema norte-americano, que se procedeu à reforma do processo penal, por intermédio de diversos códigos estaduais, permeados por alguns princípios da *common law*, de modo a abolir-se a fase inquisitória dos juizados de instrução e a se reforçarem as garantias da defesa. E finalmente o Código de Processo Penal unitário de 1941 — conquanto promulgado entre a crise das ideologias liberais e as escolhas autoritárias — manteve-se fiel ao modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar e com a supressão dos juizados de instrução secretos, preservando as instituições do *habeas corpus* e do Júri popular.³

Todavia, a partir dos anos 90, notável tendência rumo ao modelo acusatório começou a fazer-se sentir também nos ordenamentos da América espanhola, tendência essa já consagrada em diplomas e projetos legislativos e inspirada, sem dúvida, nas idéias recolhidas no Código Modelo de Processo Penal, para Ibero-América, apresentado às XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual (Rio, 1988).⁴

Mas, de que modelo acusatório se trata? Antes de passar a examinar esses diplomas e projetos legislativos, assim como sua principal matriz e fonte de inspiração — o Código Modelo —, será oportuno estabelecer os elementos caracterizadores do sistema acusatório moderno, para distingui-lo do inquisitório.

A ambigüidade e a indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Mas pode-se afirmar, sinteticamente, que o que distingue o modelo acusatório do inquisitório é que, no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos diferentes, enquanto no inquisitório as funções estão reunidas e o inquisidor deve

proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que já falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não ser processo genuíno, mas sim forma autodefensiva da administração da Justiça⁵. Onde aparece o sistema inquisitivo poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca um processo.

Decorrem desse conceito sintético diversos corolários: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação da *opinio delicti* do acusador, não podendo ingressar nos autos e ser valorados como provas (salvo se se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar, que serão submetidas ao contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz (o que corresponde ao aforismo romano *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo há de desenvolver-se em contraditório, perante o juiz natural.

Já se notou que as características do sigilo e da forma escrita não são próprias nem peculiares do sistema inquisitório e, muito embora não seja este acompanhado, via de regra, pela oralidade e pela publicidade, tais formas não são essenciais a nenhum dos dois sistemas.⁶ Todavia, não resta dúvida de que a publicidade dos atos processuais é considerada, hoje, garantia inerente ao *devido processo legal*, não só por tutelar os direitos das partes, mas sobretudo por assegurar o controle popular sobre o exercício da jurisdição; e a forma oral é a técnica que melhor se coaduna com a otimização da prestação da função jurisdicional, sobretudo com vistas aos corolários que só o processo oral pode garantir (imediação, concentração e identidade física do juiz).

2. O Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América

Como já tivemos oportunidade de escrever,⁷ a uniformidade legislativa de comunidades culturais homogêneas, assentadas sobre bases comuns malgrado as características próprias de cada país, constitui uma velha aspiração, que retoma alento com a ênfase contemporânea à necessidade de integração cultural e política dos Estados em comunidades supranacionais (comunidades européia, ibero-luso-americana, latino-americana etc.). Mas a busca de uniformização, tendo contra si as resistências nacionalistas, constitui um processo lento, sem resultados imediatos e concretos, aconselhando a elaboração de propostas de integração imediatamente operantes, ainda que menos ambiciosas.

É este o sentido de um Código Modelo, configurando um modelo institucional que se serve de uma proposta básica, mas ao mesmo tempo concreta e operativa, dos mecanismos aptos a solucionar pacificamente os conflitos sociais, por intermédio dos órgãos jurisdicionais. A elaboração, especificamente, de um Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América significa atender à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal antigo, em que a justiça penal tem funcionado segundo um modelo alienado do controle social e da transparência democrática. Um modelo apegado a ritos superados e a fórmulas inquisitoriais, no qual continuam a prevalecer a falta de respeito à dignidade humana, a delegação das funções judiciárias, o sigilo e a ausência de imediação, características que repugnam ao processo penal moderno.

O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América procura servir de

base a uma impostergável política renovadora, recolhendo a tradição cultural que desde o início tem inspirado o processo uniformizador. Parte, assim, das propostas das “Quintas Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual” (Bogotá-Cartagena, 1970), que haviam acolhido como bases principais as lançadas por Niceto Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba. Estas bases, junto com as de Clariá Olmedo e Velez Mariconde (Bases para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina), para cujo aperfeiçoamento muito colaborou Víctor Fairén-Guillén, foram depois retomadas por Comissões formadas por Fairén-Guillén, José Frederico Marques, Fernando de la Rua, Julio Maier e, mais tarde, Ada Pellegrini Grinover e Jayme Bernal Cuellar.

A elaboração técnica das referidas bases, sob forma de Código Modelo, foi levada a termo, nesses últimos anos, por Júlio Maier e Fernando de la Rua e posteriormente revista pelo mesmo Júlio Maier e por Ada Pellegrini Grinover, que se serviram de colaboradores argentinos e brasileiro.

O Projeto final, apresentado às “XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual” (Rio de Janeiro, 1988), além de calcar-se nas aludidas bases, inspira-se no Código de Processo Penal da Alemanha, sem descurar as tendências evolutivas do processo penal espanhol, português, italiano e francês. E, com relação aos direitos fundamentais e aos princípios políticos, fundamenta-se nas Declarações e Pactos internacionais mais importantes — desde as Declarações Universais à Convenção Européia e à Americana de São José da Costa Rica.

O Código distribui seu conteúdo em seis livros. O primeiro, dedicado às Disposições Gerais, contém três títulos (subdivididos em capítulos, integrados por seções). Os títulos do Livro Primeiro são os seguintes: Título I, Princípios

fundamentais; Título II, Sujeitos e Auxiliares; Título III, A atividade processual.

O Livro Segundo (O procedimento comum) é também dividido em três títulos que cuidam, respectivamente, da preparação da ação pública, do procedimento intermédio e do juízo.

O Livro Terceiro, voltado às impugnações, é formado por quatro títulos: Disposições gerais, Reconsideração das decisões, Cassação e Revisão.

O Livro Quarto trata dos procedimentos especiais, contendo os títulos I (Procedimento abreviado), II (por crimes de ação privada), III (menores) e IV (para a aplicação exclusiva de medida de segurança).

Em apêndice aos primeiros quatro livros, encontram-se as matérias relativas ao procedimento em contumácia, aos tribunais de jurados, ao procedimento contravencional e ao *habeas corpus*, que visam a dar maior flexibilidade ao Código, para respeitar as peculiaridades locais.

O Livro Quinto versa sobre a Execução, sendo o Título I dedicado à execução penal e o II à execução civil.

Finalmente, o Livro Sexto, subdividido em dois títulos, trata das custas e das indenizações ao imputado.

Traçadas em grandes linhas, assim podem ser sintetizadas as características fundamentais do Código: a) a *ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado*, no pleno acolhimento dos princípios do devido processo legal; b) a *adoção do modelo acusatório*, com a nítida separação entre as funções de julgar, acusar e defender; c) a *transparência dos procedimentos*, gerada por um juízo público e oral e pela presença ininterrupta dos protagonistas do processo, juízo este em cujo transcurso se incorpora o único material probatório que pode servir de base à sentença; d) a *busca da eficácia do processo*, entendida, de um lado, como eficiência na

persecução penal e, de outro, como efetividade das garantias processuais; e) a *desburocratização da organização judiciária*, implicando a luta contra a delegação de funções e a personalização do exercício da função jurisdicional, bem como, na medida do possível, a horizontalização dos tribunais, com a preferência pelos controles externos; f) a *participação popular* na administração da justiça, consoante os sistemas próprios dos regimes constitucionais; g) diversos *mecanismos de seleção de casos*, com a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, pela adoção da oportunidade regulada por lei e sujeita ao controle jurisdicional; com a possibilidade de suspensão condicional do processo, pelo período de prova; com os procedimentos abreviados para as infrações menores, tudo de modo a excluir rapidamente do sistema uma grande percentagem de casos; h) a *globalidade da reforma*, porquanto o Código supõe uma nova organização judiciária, com a necessária reestruturação, a nível dos países interessados, dos órgãos da administração da justiça penal (tribunais, Ministério Público, defensorias, serviços de justiça).

3. A influência do Código Modelo nas reformas legislativas: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Guatemala e Uruguai.

Apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de 1988 (Rio de Janeiro), o Projeto foi profundamente estudado e amplamente discutido nas XII e XIII Jornadas, realizadas respectivamente em Mérida, Espanha, em 1990, e em Cuernavaca, México, em 1992. Foi objeto de apresentação e publicação na Itália, ao ensejo do Encontro Preparatório realizado em Roma, em 1990, sob os auspícios do *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (Projeto Itália-América Latina), tendo também sido exposto em

suas linhas gerais no Seminário de Turim (Itália) sobre "Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero". E foi analisado e debatido por processualistas penais italianos e ibero-americanos no Congresso internacional que lhe se dedicou inteiramente ("Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina" — Roma, 1991).

É certo que o Código Modelo tem recebido generosa acolhida e manifestações de amplo consenso e apoio por parte de especialistas latino-americanos e europeus.⁸ Mas importante será aferir até que ponto seus princípios e modelos têm influido sobre a nova legislação da América Latina. É o que se passa a verificar.

a) Argentina

Os novos Códigos argentinos de Processo Penal trazem a marca, maior ou menor, do Código-Modelo.

a.1) O primeiro a ser promulgado foi o *Código de Processo Penal federal* (*Código de Proceso Penal de la Nación*, Lei 23.984 de 1991), que se encontra em plena vigência.

O Código resulta do Projeto Levene, e não do Projeto apresentado por Julio Maier, que era todo calcado no Código Modelo. E, como atesta Jorge E. Vazquez Rossi⁹, o projeto aprovado não é seguramente o que melhor respondia ao estado atual das ciências processuais, nem o que havia recolhido maiores elaboração e consenso; mas, apesar disso, o novo Código representa notável progresso com relação ao anterior, principalmente em virtude de importantes modificações introduzidas durante a elaboração legislativa.

Com efeito, muitas posições do Código Modelo foram introduzidas no Projeto Levene, daí resultando um estatuto processual bastante distanciado do Código anterior, calcado como era numa sequência processual inquisitória,

com total predomínio da etapa instrutória, lento e formalista, desprovido de contraditório autêntico e ainda preso a um regime probatório com reminiscências do sistema de provas legais. Normas fundamentais do novo Código consagram os princípios do juiz natural, do *nulla poena sine iudicio*, da presunção de inocência, da proibição de múltiplas perseguições, do *in dubio pro reo*, da interpretação restritiva das medidas limitadoras de direitos. O Ministério Público é o titular da ação penal pública e têm potenciadas suas funções. O imputado e seu defensor assumem posições proeminentes no processo. A vítima é legitimada à ação penal, ao lado do MP, como parte acusadora, podendo também constituir-se em parte civil.

O Código, embora mantenha o juizado de instrução, a cargo de um juiz, cede nesse ponto a idéias mais modernas: prevê na fase processual de instrução a presença do MP e do acusado, assistido e assessorado pelo defensor, podendo este propor medidas, interpor exceções, solicitar a revogação de provimentos prisionais e impugnar as decisões do juiz de instrução. O sigilo da fase instrutória, excepcional, é consentido pelo prazo máximo de dez dias, não podendo recair sobre os atos irrepetíveis ou aqueles em que tenha intervindo o próprio acusado (interrogatório, acareações ou reconstituições). Aceitando as tendências doutrinárias predominantes, o Congresso introduziu no Projeto a possibilidade de a investigação prévia ficar a cargo do MP, dispensando-se nesse caso a instrução formal.

Encerrada a instrução e recebida a causa pelo tribunal, desenvolve-se a fase do juízo, compreensiva de atos preliminares e do debate, este público e oral, todo permeado pelos princípios da imediação e da concentração. É aqui que o contraditório encontra sua plenitude, com a presença e assistência

obrigatórias do MP, do acusado e do defensor. A nova lei, na melhor tradição do processo penal argentino, não admite processo à revelia, exceto para a fase de instrução.

Além do procedimento ordinário, o Código prevê os procedimentos especiais das contravenções, de menores e para delitos de ação privada.

Os recursos previstos são o pedido de reconsideração, para o mesmo tribunal; a apelação, só com relação aos provimentos do juiz da instrução, às decisões interlocutórias ou aos provimentos que possam causar dano irreparável; a cassação, para os casos de inobservância ou errônea aplicação da lei material ou da lei processual, com relação aos vícios sancionados pela nulidade; o recurso por inconstitucionalidade; o recurso de queixa contra a denegação da apelação, da cassação ou do recurso por inconstitucionalidade; e a revisão criminal somente em favor do condenado. Assim, coerente com o princípio da oralidade insito no debate, a nova lei optou pela solução do Código Modelo, restringindo a recorribilidade, em certas hipóteses, ao reexame de questões de direito.

Finalmente, com relação à execução penal, o Código toma posição franca quanto à sua jurisdicionalização.

Pode-se dizer, em conclusão, que o Código federal argentino, conquanto não tenha recepcionado em sua inteireza as formulações do Código Modelo, mantendo-se ainda numa posição intermediária entre o procedimento misto e o acusatório, foi permeado por muitas das idéias contidas no modelo cunhado para Ibero-América. E é importante ressaltar que, mesmo mantendo a fase de instrução formal (que, aliás, poderá ser substituída pela investigação preliminar), não deixou de abri-la a uma certa participação das partes, tentando fugir do modelo inquisitório e secreto do Código anterior.

a.2) Muito mais efetiva e direta foi a influência do Código Modelo nos novos *Códigos de Processo Penal das Províncias de Tucumã, de Córdoba e de Santiago del Estero* e no *Projeto para a Província de Buenos Aires*.

Todos esses diplomas têm, como característica comum, o fato de a persecução penal iniciar-se com um procedimento administrativo preparatório a cargo do MP que, como titular da ação penal pública, realiza a investigação sobre a qual se baseará a acusação. Essa investigação prévia substitui a instrução formal, na qual, com resquícios inquisitivos e numa mescla de funções, é o juiz quem investiga e valora sua própria investigação. Assim se buscou, ao mesmo tempo, fortalecer o modelo acusatório e ganhar em agilidade e efetividade, no pleno respeito das garantias fundamentais.

Terminada a fase de investigações, passa-se ao processo judicial, que, em alguns dos Códigos em tela, se inicia com uma fase intermédia, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação. Trata-se da etapa crítica sobre as conclusões do MP quanto à investigação preliminar, em que também se examina a validade formal da acusação e se resolvem todas as questões atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, bem como à intervenção dos sujeitos processuais. O tribunal (ou o juiz) tem a faculdade de determinar o arquivamento da denúncia ou de absolver antecipadamente o acusado, além de exercer o controle sobre o pedido de arquivamento do MP, podendo determinar que este acuse ou, se apresentou a denúncia, que modifique o conteúdo da acusação.

A fase do juízo, a cargo de tribunal diverso do órgão incumbido da fase intermédia, desenvolve-se através de audiências orais, contínuas e públicas, com imediação e concentração probatórias. Sua regulamentação aproxi-

ma-se das fórmulas do direito anglo-saxão, embora não se acolha a *cross examination*. Prevê-se a cisão entre o debate inicial sobre a culpabilidade do acusado e outro posterior, sobre a pena a ser aplicada.

Alguns desses diplomas prevêm, para a fase do juízo, a composição mista do tribunal, integrado por juízes togados e leigos, respeitando-se assim o mandamento constitucional argentino. Alguns Códigos possibilitam ao ofendido a intervenção no processo também a título de parte civil.

Todos mantêm sistemas recursais semelhantes, com a apelação limitada a certas decisões — do tribunal ou juiz da fase intermédia, às interlocutórias ou a provimentos que possam causar dano irreparável. Da sentença cabe, via de regra, apenas recurso de cassação, em matéria de direito, firmando-se a posição mais consentânea com o verdadeiro processo oral, direcionado a um juízo de instância única sobre os fatos, de todo conveniente desde que o julgamento de primeiro grau seja confiado a órgão colegiado, sobretudo quando integrado por juízes togados e leigos.

Vários diplomas legislativos contemplam procedimentos abreviados para infrações penais mais leves, eliminando, com a necessária concordância das partes, o debate oral, público e contraditório, pelo que se passa imediatamente da fase intermédia à sentença. A sentença, nesse caso, é impugnável mediante recurso de cassação quando cabível.

No processo por delitos de ação privada, desaparece a fase investigativa prévia, podendo o querelante pedir a abertura de um pequeno inquérito perante o próprio tribunal do juízo.

A execução é totalmente jurisdicionalizada, aplicando-se, quanto ao mais, todos os princípios e fórmulas do Código Modelo.

b) Colômbia

Não houve qualquer influência do Código Modelo no *Código de Procedimiento Penal* de 1991 (Dec. 2.700), em vigor na Colômbia.

Se é que houve algum esforço do novo estatuto processual no sentido de aproximar-se do modelo acusatório,¹⁰ certamente não foi ele bem sucedido. Na verdade, daí resultou um sistema misto, em que a etapa da investigação prévia, preliminar à instrução, assim como a própria instrução processual, sigilosa, são atribuídas ao MP. O inquisidor, no caso, não é o juiz de instrução mas o MP, também competente para as providências cautelares, inclusive prisionais, o que não serve, evidentemente, para reverter os termos da problemática dos juizados de instrução clássicos, mas somente agrava a situação, por não haver controle jurisdicional nessa etapa. E o que é mais grave é que as provas, colhidas pelo MP, ingressam francamente na fase posterior do julgamento em audiência pública, a teor do art. 449, que determina a leitura da acusação e das demais peças do processo, por solicitação das partes ou determinação do juiz.

O sistema recursal também é o clássico, até porque não se poderiam esperar, nesse sistema de colheita de provas não contraditórias, grandes preocupações com a oralidade.

Diga-se, em favor do novo Código, da previsão de ações civis populares reparatórias de danos coletivos, cumuladas à ação penal; da fixação de indenização civil na sentença que declare a responsabilidade penal do acusado; da tentativa de conciliação, na fase investigatória, cuja obtenção inibe a instrução, nas infrações penais que admitem desistência; da preclusão da fase de instrução ou da extinção do processo penal, quando haja indenização total à vítima dos crimes de homicídio ou

lesões corporais culposas; da jurisdicionalização da execução penal.

Finalmente, diversas normas do Código atendem aos reclamos da luta contra a criminalidade organizada, tão importante na Colômbia, ditando regras específicas para o *processo penal de emergência*. Entende-se a preocupação do novo estatuto processual, diante de situações críticas enfrentadas pelo país com relação ao narcotráfico, mas certamente preocupam normas como as que instituem a proteção da identidade de funcionários diversos do MP (art. 158); ou a figura da *testemunha sem rosto*, da qual se consignará em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado exclusivamente pelo MP, que deverá indicar os elementos que possam servir ao juiz ou ao próprio MP para valorar a credibilidade da testemunha (art. 293); ou, ainda, o interrogatório sem a presença do advogado, na fase instrutória, quando o imputado estiver correndo perigo de morte (art. 355). O Código acolhe ainda, mas isso é positivo, as tendências do *direito premial*, possibilitando a redução da pena da eventual condenação em um terço, quando houver confissão, na primeira versão do imputado, perante o funcionário judicial (que pode ser o MP), fora dos casos de prisão em flagrante (art. 299).

c) Costa Rica e Guatemala

Ao contrário do que ocorreu na Colômbia, onde o novo Código foi refratário aos princípios e técnicas do sistema acusatório, os *Projetos do Código de Processo Penal da Costa Rica* e da *Guatemala*, ambos no Congresso Nacional, adotam integralmente as posturas do Código Modelo para Ibero-América.

Eximimo-nos, por isso, de referir as peculiaridades dos dois Projetos, inteiramente

calcados no Código Modelo, cujas linhas fundamentais já foram apresentadas.

d) Uruguai

Nesse país, o *Projeto de Código de Processo Penal*, embora incorporando algumas idéias do Código Modelo, preferiu ficar a meio caminho, preservando a fase da instrução formal, a cargo de um juiz, mas banhando-a com as garantias da publicidade e do contraditório. Isto quer dizer que as provas colhidas perante o juiz de instrução, em contraditório, podem ingressar na fase do juízo, público e oral.

O sistema, assim, apresenta similitudes com o do Código federal argentino de Processo Penal, marcando uma postura intermediária, com a instrução formal contraditória, mas perdendo em imediação do juiz do mérito com as partes e as provas, em concentração, identidade física e verdadeira oralidade. O que não deixa de causar espécie, em um país cujo *Código General del Proceso* (Lei 15.982/89), em pleno vigor para o processo civil e todo calcado no Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América, representa o que de mais notável existe hoje na América Latina em matéria de processo por audiências públicas, verdadeiramente oral e concentrado, garantindo a imediação e a identidade física do juiz.

4. Convergência com o novo processo penal italiano

Não é difícil colher vários pontos de convergência do novo modelo acusatório latino-americano com o processo penal instituído na Itália pelo Código de 1988, aprovado por Decreto do Presidente da República (DPR 447 de 22 de setembro).

Podem-se assim resumir tais pontos de convergência:

a) *Abandono do processo misto*

Abandonada a fase de instrução, as investigações prévias (*indagini preliminari*) são confiadas ao MP, auxiliado pela polícia judiciária. Nenhum valor probatório é atribuído aos elementos colhidos durante o inquérito, que serve exclusivamente para formar o convencimento do MP para a acusação, salvo no que tange à produção antecipada de provas, em contraditório. Chega-se à total indiferença para o processo dos elementos colhidos na fase do inquérito, utilizando-se a técnica de eliminá-los dos autos que se formarão para o julgamento pelo tribunal, com exceção do corpo de delito, das provas irrepetíveis e das antecipadas em incidente probatório. As medidas cautelares, nessa fase, são da competência do Juiz das investigações prévias (*GIP*).

Encerrada a fase administrativa, se o MP solicita o arquivamento, o juiz das investigações preliminares, não concordando, providencia a realização de audiência contraditória perante a *Camera di Consiglio*, podendo finalmente determinar, sem embargo dos controles internos do próprio MP, que este formule a acusação.

Tanto nesta hipótese, como na de o MP requerer o *rinvio a giudizio*, o processo começa pela *audiência preliminar*, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação e ao saneamento do processo. Nessa fase, em que não se despreza a documentação relativa às investigações preliminares, o juiz (diverso do *GIP*) decide a respeito das condições da ação e dos pressupostos processuais, ouvindo o MP sobre os fundamentos da acusação e interrogando o acusado, a pedido deste. Se necessário para o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz da audiência preliminar poderá admitir a produção de provas sumárias pelas partes. O MP pode modificar a acusação, na confor-

midade do que resultar da audiência preliminar, com contestação pela defesa. O juiz procede então imediatamente à leitura de seu provimento, podendo determinar o *non luogo a procedere*, caso não acolha a acusação. A decisão de *non luogo a procedere* é apelável e impugnável pelo recurso de Cassação, inclusive por parte do acusado, salvo, para este, no caso de declaração de inexistência do fato ou da autoria (mas sim quando se trate, p. ex., de extinção da punibilidade).

Sendo recebida a denúncia, formam-se os autos para a fase sucessiva, os quais somente podem conter, como provas, o corpo do delito, as não repetíveis (colhidas pela polícia judiciária ou pelo MP) ou as antecipadas em incidente probatório.

A partir daí, para o processo comum, inicia-se a fase do *giúzo*, conduzida por um tribunal e calcada na verdadeira oralidade, com todos os seus corolários, sendo as provas, todas orais, produzidas em contraditório pleno, inclusive pela *cross examination*. Privilegiam-se os princípios dispositivo e da autonomia da vontade, de modo a reduzir bastante, na colheita da prova, os poderes instrutórios do tribunal, meramente supletivos.

b) *Simplificação dos procedimentos. Os procedimentos especiais. A autonomia da vontade*

O esforço por uma justiça transparente e tempestiva serve de modelo para todos os procedimentos, inclusive o comum. Mas a primeira escolha do legislador italiano é a dos procedimentos especiais, quase que a forçar essas soluções, antepondo-as até topologicamente ao *giúzo*, próprio do processo comum.

São os seguintes os procedimentos especiais: *giudizio abbreviato*, *applicazione della pena su richiesta delle parti*, *giudizio direttissimo*, *immediato e per decreto*.

O *juízo abreviado* configura caso de disponibilidade das partes *sobre o procedimento*: de comum acordo, podem elas requerer ao juiz que a causa seja definida na audiência preliminar e o juiz, se o reputar possível, proferirá um verdadeiro julgamento antecipado da lide, exatamente da forma contemplada pelo Código Modelo para Ibero-América e pelos novos Códigos provinciais argentinos: só que, na Itália, o procedimento abreviado pode aplicar-se a qualquer tipo de crime — até mesmo ao punido pela pena de prisão perpétua — e, sendo a sentença condenatória, o caso será de redução especial da pena. A apelação da sentença, nesse procedimento, é limitada.

Na *aplicação da pena a pedido das partes* (ou *patteggiamento*), a disponibilidade ocorre sobre a própria *aplicação da pena*: acusação e defesa transigem, concordando a respeito da aplicação de uma sanção substitutiva ou pecuniária ou de uma pena detentiva, mesmo cumulada com a pecuniária, que, levando em conta as circunstâncias e diminuída até um terço, não supere o máximo de dois anos. O juiz examina a proposta e, se não houver causa extintiva da punibilidade e se se convencer da exata qualificação jurídica dos fatos e da correção do cálculo da pena, aplicá-la-á por sentença. O acordo não exclui a suspensão condicional da pena, quando cabível. A transação pode ocorrer no curso das *indagini preliminari* ou em qualquer momento processual, até em segundo grau. Mesmo se o MP não concordar com a proposta do acusado, o juiz pode aplicar a pena, se considerar injustificada a recusa e congruente a sanção. A aplicação da pena não comporta condenação nas despesas processuais nem aplicação de penas acessórias ou medidas de segurança, não tendo eficácia nos juízos cíveis ou administrativos, mesmo se efetuada após

o encerramento do debate. Decorridos os prazos de cinco anos, para crimes, ou de dois, para contravenções, a punibilidade se extingue, se não houver nova prática de crime ou de contravenção da mesma espécie. Com a punibilidade, extingue-se qualquer efeito penal da pena e, de qualquer modo, sua aplicação não obsta à sucessiva suspensão condicional da pena.

O *juízo diretíssimo* é outra técnica de disponibilidade sobre o *procedimento*, destinada aos casos de prisão em flagrante ou de confissão. No caso de flagrância, o MP pode apresentar o preso perante o juiz para a convalidação da prisão. Se o flagrante for mantido, eliminam-se as fases das investigações prévias e da audiência preliminar e se passa imediatamente à fase do juízo. Relaxada a prisão, só se procede mediante juízo diretíssimo se houver concordância de ambas as partes. O MP também pode requerer o juízo diretíssimo nos casos em que a flagrância já tiver sido convalidada. Mas, em qualquer caso, se o acusado preferir o juízo abreviado, o próprio juiz do debate observará as disposições previstas para a audiência preliminar, julgando antecipadamente a lide, quando possível, ou indicando às partes os elementos ainda necessários para o julgamento.

Outro tipo de procedimento especial é o *juízo imediato*: encerradas as investigações preliminares e sendo evidentes os elementos probatório, o MP, após o interrogatório do acusado, pode requerer o *juízo imediato*, resguardada igual faculdade ao acusado. Nesses casos, dispensa-se a audiência preliminar, salvo quando o acusado preferir o juízo abreviado ou o *patteggiamento*, passando-se imediatamente à fase do juízo.

Finalmente, o *procedimento por decreto*, aplicável apenas às infrações apenadas com sanção pecuniária — ainda que substitutiva da detentiva —

configura o juízo monitorio, previsto também pelo Código Modelo para Ibero-América e por alguns dos novos Códigos provinciais argentinos: o MP pode encaminhar ao juiz das investigações preliminares pedido motivado de decreto penal condenatório, indicando a medida da pena e a eventual pena acessória. Expedido o decreto condenatório, o acusado pode oferecer oposição e, contemporaneamente, requerer o juízo imediato, o abreviado ou o *patteggiamento*. Se só se opuser, sem nada requerer, o rito será o do juízo imediato, tornando-se sem efeito o decreto condenatório.

c) Processo penal como processo de partes

Como se viu nos pontos a) e b) acima, a supressão da figura bifronte do juiz instrutor, a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, tudo converge para o moderno modelo acusatório, em que as partes parciais e o juiz desempenham funções próprias e precisas.

Alguma preocupação permanece para o sistema italiano, onde o MP e o juiz continuam integrando a mesma carreira da magistratura. Perguntávamo-nos, em Simpósio realizado na Itália, se o MP não seria visto pelo juiz como um "colega", ocupando posição proeminente com relação à defesa e pondo em risco a *par condicio*¹¹; e nossa preocupação era compartilhada pelos juristas italianos.

Em contrapartida, o reforço da função defensiva é evidente tanto no modelo italiano como no latino-americano. Claro é que, em qualquer país, será necessário estruturar os sistemas de defesa aos necessitados (do ponto de vista econômico e também jurídico), para possibilitar efetivamente o pleno exercício da defesa técnica, ao lado da autodefesa.

d) Direito das provas e direito das medidas restritivas da liberdade

Quer o Código italiano, que o novo modelo latino-americano encontram no direito probatório e na limitação às medidas restritivas da liberdade a mola propulsora de todo o processo penal de enfoque garantidor.

A questão do relacionamento entre os elementos probatórios colhidos na fase preliminar e o processo é enfrentada de maneira análoga, ou seja no sentido de que não são provas, que possam lícitamente ingressar no processo, os elementos informativos colhidos nas investigações preliminares.

O ponto nodal da passagem das provas pelas várias fases da persecução penal e do processo é resolvido, no Código italiano, no sentido de que os elementos probatórios colhidos nas *indagini preliminari* somente são examinados pelo juiz da audiência preliminar, que vai julgar a respeito da admissibilidade da acusação. Mas para o debate formam-se autos novos que não os contém, com exceção das provas irrepetíveis, das produzidas em contraditório no incidente probatório e do corpo de delito.

As medidas restritivas da liberdade, tanto nos novos processos acusatórios da América-Latina, como no direito italiano, também são tratadas de forma análoga: a prisão cautelar é excepcional, respondendo ao critério da necessidade estrita, e subordinada a precisas limitações temporais, assim como à indenização pelo encarceramento injusto ou de qualquer modo indevido.

Resulta daí que o direito das provas e das medidas restritivas da liberdade não constituem apenas questões retóricas, mas informam todo o novo processo.

e) A jurisdicionalização da execução

Eis outro ponto de convergência do modelo italiano com o do novo processo acusatório latino-americano.

A execução sai do âmbito administrativo para banhar-se de jurisdicionalidade. A iniciativa para o processo de execução é confiada ao MP, que intervém em todos os procedimentos de execução, dirigidos pelo juiz. O juiz também procede a pedido do acusado ou do defensor. As audiências desenvolvem-se com a necessária participação do defensor, salvo em caso de pedido declarado *prima facie* inadmissível, hipótese em que a decisão é impugnável pelo recurso de cassação.

f) O Código de Processo Penal e a tutela internacional dos direitos da pessoa

Também aqui se nota uma perfeita identidade de linhas entre o Código italiano e o novo modelo acusatório latino-americano.

As normas do estatuto italiano deixam transparecer visivelmente a influência da Convenção Européia de Roma e do Pacto de Nova Iorque, exatamente como os novos Códigos latino-americanos se inspiram nas Declarações Universais, na própria Convenção Européia e no Pacto de São José da Costa Rica.

Entre as normas italianas a esse respeito, podem-se lembrar as relativas à liberdade pessoal, ao direito ao silêncio, à proibição de depoimentos sobre as declarações do imputado, à não utilização das provas ilícitas, e até mesmo à proibição da *chamada de co-réu*.

5. O processo penal de emergência na Itália

O Código italiano e o novo modelo latino-americano foram cunhados na convicção de que o processo público e oral, de modelo acusatório, é o que melhor se presta à solução de qualquer controvérsia penal, não se podendo transigir com as garantias processuais, de índole constitucional, a pretexto de um

suposto “eficientismo” do processo que, além de falaz, acaba sempre por penalizar o inocente.

Por isso, ambos os modelos contêm uma nota comum com relação ao crime organizado, consagrando investigações globais, com a interação de informações. Assim, o sistema do Código italiano reconhece a conveniência dos *maxi-inquéritos*, em detrimento dos chamados *maxi-processos*. Para tanto, foi reduzido o alcance das normas sobre a reunião dos processos por conexão e foram previstos o prolongamento das investigações preliminares e o diferimento do incidente probatório, etc.

Todavia, por razões semelhantes às que motivaram, na Colômbia, certas medidas processuais contra o crime organizado (v. supra, n. 3-b), a Itália, mesmo após a entrada em vigor do Código, tem legislado a respeito da criminalidade organizada, pela via de decretos-leis (que correspondem, no Brasil, às medidas provisórias), convertidos em leis.

Leis de 1990 e 1991 modificaram o Código com relação aos crimes praticados pela *máfia*, e a elas se acresceram as sentenças 24/91 e 255/92, todos elementos que, como foi notado, deram uma primeira e desordenada resposta à premente exigência de segurança avançada pela coletividade.¹²

Com o Dec.-lei 306/92, transformado em lei em julho do mesmo ano, foram introduzidas substanciais modificações no processo penal, no ordenamento penitenciário e no regime dos denominados *pentiti*, a ponto de falar-se em demolição do rito acusatório e da instauração de um *processo di polizia*.¹³

Entre as principais modificações trazidas ao modelo acusatório do Código, inserem-se sem dúvida a atinente ao regime da prova emprestada, antes limitada, e assim mesmo possível apenas quando houvesse concordância das partes (art. 238 do CPP); a relativa às

ampliadas faculdades da polícia judiciária nas investigações preliminares (arts. 347 e ss. do CPP); e, sobretudo, a que permite ao juiz do debate a leitura de peças relativas a provas que se tornaram irrepetíveis, antes restrita às provas produzidas durante a audiência preliminar, e agora estendida aos elementos probatórios recolhidos na investigação prévia (art. 512 do CPP). O mais grave é que essas modificações — cuja conveniência e eficácia seriam discutíveis até mesmo nos processos penais antimáfia — alteraram a disciplina normativa do Código, em geral, deixando para trás muitos dos princípios generosamente erigidos pelo legislador de 1988.

6. O processo penal brasileiro: pontos de confluência com o novo modelo acusatório latino-americano

O sistema processual penal brasileiro, posto pelo Código unitário de 1941, com as modificações posteriores e com o novo perfil traçado pela CF/88, apresenta vários pontos de convergência com as idéias do Código Modelo para Ibero-América e com o novo processo acusatório da América Latina. É o que se passa a examinar.

a) O modelo acusatório

Como visto, o processo de estrutura acusatória distingue-se do inquisitório essencialmente por ser um processo de partes, em que a relação processual penal, tríplice, coloca em pé de igualdade a acusação e a defesa, nitidamente separadas do juiz. Nesta concepção, as partes e o juiz participam ativamente do processo, não sendo consideradas provas aquelas que forem colhidas sem a presença concomitante de umas e de outro.

Embora o Brasil tenha aderido ao modelo acusatório desde os Códigos estaduais. O estatuto processual de 1941 não conseguira livrar-se completamente

de alguns resquícios do sistema inquisitório: o processo atinente aos crimes culposos de homicídios e lesões corporais, assim como o das contravenções penais, iniciava-se *ex officio* ou por portaria da autoridade policial, perante a qual se processava parte da atividade instrutória.

Mas a CF/88 veio pôr cobro a tais procedimentos judicialiformes, reservando a iniciativa da ação penal pública, com exclusividade, ao Ministério Público. Ademais, este foi institucionalizado de maneira a preservar-se toda sua autonomia e independência, fortalecendo-o e tratando-o a Constituição fora dos capítulos reservados ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, entre as instituições essenciais à Justiça, juntamente com o advogado, público e privado, e aos defensores públicos. Estes também são organizados em carreira, com garantias equivalentes às do Ministério Público, com o que se pretende dar eficácia ao necessário equilíbrio das partes no processo.

Quanto ao mais, o Código de Processo Penal mantinha-se fiel ao modelo acusatório, suprimindo o juizado de instrução e seguindo o princípio segundo o qual todas as provas são colhidas perante o juiz (monocrático), em pleno contraditório. Para os crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, o processo penal é bifásico, havendo uma etapa prévia de instrução, conduzida pelo juiz singular e desenvolvida em contraditório pleno, que se destina ao juízo de admissibilidade da acusação e à fixação da competência do Tribunal do Júri.

Para o processo atinente aos crimes contra a administração pública, o Código também prevê uma fase preliminar contraditória, anterior ao recebimento da denúncia e destinada ao juízo de admissibilidade.

A investigação prévia fica sempre a cargo da polícia judiciária, sobre a qual

o MP, por determinação constitucional, deve manter o controle externo; a defesa técnica pode acompanhar o inquérito policial e os elementos probatórios nele colhidos destinam-se exclusivamente à formação do convencimento do MP sobre a *opinio delicti*, para que formule, ou não, a acusação. Pelo menos em tese, não deveria haver passagem dos elementos probatórios obtidos no inquérito policial para o processo (com exceção das provas irrepetíveis, submetidas a contraditório posterior); mas, como se verá (*infra*, n. 7.a), na prática o juiz da causa não fica inteiramente imune à influência dos elementos do inquérito.

b) Princípios éticos

O Código Modelo deixa claro que o processo penal deve pautar-se por uma escrupulosa regra moral, que reafirma o ideário do sistema processual penal segundo o qual, no embate entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade, deve dar-se preferência à inocência do acusado em relação à defesa social. Neste enfoque, modifica-se a concepção da verdade real, mito do processo inquisitivo, agora redimensionada como necessidade de o juiz suprir às atividades probatórias das partes — e sobretudo da defesa — superando o princípio dispositivo. Mas a busca da verdade (que, de qualquer modo, é sempre uma verdade processual) há de ser balizada por limites éticos inexcedíveis, que respeitem a dignidade humana.

A Constituição brasileira põe de realce os princípios éticos que devem informar o processo penal, repudiando expressamente a tortura e reconhecendo o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório; proclamando o estado de inocência do acusado e seu direito ao silêncio; prevendo a imediata comunicabilidade do preso com sua família e com o defensor; exigindo a ordem judiciária para as buscas domi-

ciliares; considerando inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações, salvo com relação às comunicações telefônicas, por ordem judiciária e nos casos previstos em lei; sancionando a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; prevendo a reparação pelo erro judiciário e para os casos de a prisão perdurar por tempo superior ao previsto na sentença condenatória; estabelecendo controles externos sobre a polícia pelo Ministério Público, etc.

c) As garantias do devido processo legal como garantias das partes e da jurisdição

Acompanhando as tendências atuais, o novo processo penal latino-americano não se satisfaz em salientar e reforçar a cláusula do devido processo legal, por intermédio de uma série de garantias que caracterizam direitos públicos subjetivos das partes; mas ainda lhe empresta a conotação de definição objetiva e política de um processo justo (*fair trial*). De um lado, portanto, encontra-se a enunciação clara e destacada das garantias do acusado, traduzindo a concepção básica de que a imposição da sanção punitiva deve ser necessariamente precedida por um processo em que o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio, assegurada a efetiva paridade de armas; e, de outro lado, fica patente, por outras garantias, que o justo processo existe como fator legitimante do próprio exercício da jurisdição.

Prova evidente deste segundo enfoque, na Constituição brasileira, é a ampliação da garantia do juiz natural, estendida do primitivo aspecto, de proibição de tribunais de exceção, constituídos *post factum*, à dimensão de juízo constitucionalmente competente; e mais, a previsão da indispensabilidade da motivação das decisões e da publicidade

dos atos processuais, ambas garantias políticas, extraprocessuais, que se identificam com o controle popular sobre a legalidade e a justiça do exercício da função jurisdicional

d) Prisão e liberdade

Como decorrência dos princípios éticos e do justo processo que informam os sistemas atuais, o novo processo penal reage ao antigo, que partia do pressuposto de que todo imputado devia ser privado da liberdade e previamente detido — prevendo sua incomunicabilidade, como forma de obter a versão original dos fatos e de coação velada para alcançar a confissão.

No Brasil, onde a prisão processual obrigatória já havia sido abolida em 1967, a CF/88 preocupou-se em discipliná-la minuciosamente, cercanda-a de diversas formalidades que objetivavam assegurar sua excepcionalidade: qualquer espécie de prisão — ressalvado o flagrante — depende de ordem escrita da autoridade judiciária competente; há de ser imediatamente comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada, além do defensor; o preso há de ser imediatamente informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e a liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei a admitir, é francamente considerada um direito do acusado.

Todavia, a evidente preocupação do constituinte com a disciplina da prisão processual, que deve ser sempre submetida à verificação concreta da necessidade cautelar (seja pela decisão prévia do juiz, seja pelo exame *a posteriori*, no caso da prisão em flagrante) e em que são cabíveis o relaxamento, por ilegalidade, ou a concessão da liberdade provisória, nos casos de não ocorrência dos pressupostos da cautela, está demo-

rando a encontrar plena aplicação da *praxis* forense: os tribunais ainda tendem a interpretar a Constituição, nesse tema, à luz dos dispositivos legais anteriores, de modo que os novos preceitos sobre a prisão (somados ao da presunção de não culpabilidade) só de maneira incipiente começam a receber a correta interpretação.

e) Participação popular na administração da Justiça e no processo

O núcleo do moderno princípio participativo desdobra-se em dois momentos principais: a intervenção na hora da decisão e o controle sobre o exercício do poder. Mas manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, pelas consultas, pela co-gestão, como a caracterizar diversos graus de participação.

Sendo a finalidade última da participação a integração do cidadão, pela responsabilidade e pelo consenso, e tendo como motivo de inspiração a solidariedade social, é evidente que o novo processo penal não poderia ficar alheio ao princípio participativo, em sua ótica democrática. E a participação, no tocante à atividade jurisdicional, pode manifestar-se em dois sentidos: participação na administração da Justiça e participação mediante a Justiça, ou seja, participação no momento do julgamento e participação por intermédio do processo. São essas formas de participação popular que passamos a examinar.

e.1) Participação popular na administração da Justiça penal

O fundamento político da intervenção popular na administração da Justiça reside em sua função de garantia e controle, respondendo, ainda, às exigências de educação cívica e de legitima-

ção democrática e constituindo-se em poderoso elemento propulsor de informação, conhecimento, tomada de consciência e politização, pela co-gestão de coisa pública.

A esse fundamento político, acrescenta-se o social, em sua função pacificadora. Com efeito, o julgamento popular é, de regra, melhor aceito pelo corpo social, que se identifica com os julgadores, de quanto o seja a sentença ditada autoritativamente pelo juiz profissional, mais distante, por mentalidade e burocratização, dos consociados.

Finalmente, o fundamento funcional dos juízos populares reside no objetivo de racionalização da Justiça, levando à melhoria da eficiência do aparelho judiciário.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi criado em 1821, com competência restrita aos crimes de imprensa, a qual seria ampliada, inclusive ao campo civil, pela Constituição imperial de 1824. Através de marchas e contra-marchas, a competência do Júri acabou restrita ao plano criminal e, neste, a partir da CF/67, aos crimes dolosos contra a vida. E assim foi mantida a instituição pela CF/88, embora a dicção atual autorize o entendimento de que a lei ordinária poderia ampliar a competência mínima, estabelecida em nível de Lei Maior.

O Júri brasileiro apresenta as características clássicas do sistema inglês: a colegialidade heterogênea, uma vez que se compõe de juízes populares e do juiz togado; a temporariedade do elemento popular, momentaneamente investido do poder de julgar; e — como traço distintivo do escabinado — a competência funcional, específica e exclusiva, dos juízes populares e do juiz togado, decidindo os primeiros com relação ao fato, e aplicando o último o direito.

A organização judiciária brasileira, definida tradicionalmente na Constituição, também prevê o escabinado (que se distingue do júri, porquanto as de-

cisões são tomadas em conjunto, pelos juízes populares e pelos togados, sem distinção de competência); e o faz, em matéria penal, para os crimes eleitorais e os crimes militares, da competência, respectivamente, das Justiças (especializadas por matéria) Eleitoral e Militar.

Outra forma de integração dos tribunais estaduais de segundo grau, por elementos estranhos à carreira da magistratura e pertencentes ao Ministério Público e à advocacia, tornou-se tradicional no Brasil, a partir da Constituição de 1946, na percentagem de um quinto dos juízes de carreira; e o método, que deu excelentes resultados, foi ampliado pela CF/88 aos tribunais federais de segunda instância.

De se lembrar, ainda, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal — cuja competência corresponde hoje, fundamentalmente, à de uma Corte constitucional — não pertencem necessariamente à carreira da magistratura, sendo escolhidos, pelo Executivo e pelo Parlamento, segundo seu notável saber jurídico e reputação ilibada.

Finalmente, uma nova forma de participação popular na administração da Justiça penal foi prevista pela CF/88, que determina aos Estados a criação de Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais, denominadas de menor potencial ofensivo. Projeto de lei federal, já aprovado na Câmara dos Deputados, assim como as Constituições e algumas leis estaduais, dispõem a respeito da matéria.

e.2) Ações penais populares

Uma das formas mais representativas da participação popular por intermédio do processo é, sem dúvida, a das ações populares.

No Brasil existem alguns casos de ações populares. A principal delas foi

criada em 1950 para os crimes de responsabilidade, tendo sido recentemente exercida para o pedido de *impeachment* do Presidente Collor.

Por outro lado, a Constituição alçou a nível supra-legal a ação penal privada subsidiária da pública, a ser ajuizada, supletivamente, em caso de inércia do órgão oficial da acusação. O Código legitima ao exercício da ação o ofendido, mas a fórmula constitucional possibilita outras iniciativas: e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, atribuiu a titularidade da ação penal subsidiária a associações civis e a órgãos públicos.

O ordenamento brasileiro também prevê a participação do ofendido na ação penal pública, a título de assistente do órgão oficial da acusação. E, mesmo antes da propositura da ação, a vítima exerce algum controle sobre o inquérito policial, cuja instauração pode requerer, sendo-lhe facultado recurso do indeferimento. Finalmente, pode recorrer da sentença proferida na ação penal pública, não o fazendo o Ministério Público.

Outro poderoso exemplo brasileiro de ação popular penal, de natureza não condenatória, é o *habeas corpus*, cuja legitimação é tradicionalmente atribuída, pela Constituição, a qualquer do povo. Cumpre mencionar os amplíssimos contornos do *habeas corpus* brasileiro, que serve para a proteção, mesmo preventiva e indireta, da liberdade de locomoção, sendo usado com grande frequência no processo penal em favor do indiciado ou acusado.

e.3) Controles populares sobre a jurisdição penal

A participação popular, em sua função de controle e garantia, constitui outro importante aspecto do momento participativo.

Como vimos, a Constituição brasileira destacou a obrigatoriedade da motivação e a publicidade como garantias políticas fundamentais sobre o exercício da jurisdição.

Além disso, volta-se a lembrar o *habeas corpus*, que tem servido para o controle da legalidade e da justiça do funcionamento dos órgãos da persecução penal. Recorde-se, ainda, que a Lei de Execução Penal, de 1984, acentua que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade na execução da pena e da medida de segurança, incluindo, ainda, entre os órgãos da execução penal os Conselhos da Comunidade. Deve-se dizer, contudo, que esses Conselhos não foram implantados, mas que a comunidade, por intermédio de certas entidades, tem exercido alguma fiscalização nos presídios, realizando visitas periódicas e denunciando publicamente irregularidades.

f) Procedimentos simplificados

A eficiência e efetividade do processo dependem, em última análise, da adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia subjacente. Esta, no processo penal, varia de acordo com a complexidade dos fatos a serem apurados e com a gravidade do delito. A razão moderna da variedade de procedimentos não obedece, assim, aos critérios formalísticos e rituais do direito antigo, mas exprime a necessidade de se estruturarem procedimentos adequados à solução das controvérsias que estão à base do processo. Procedimento adequado, nesse quadro de eficiência da justiça penal, é, pois, procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com a gravidade da infração penal.

No Brasil, os últimos Projetos de Códigos de Processo Penal têm se preocupado em instituir procedimentos diversos, consoante a gravidade do crime

e a complexidade do caso. Admitem, normalmente, que o procedimento possa ser abreviado, encerrando-se logo no limiar do processo.

A Constituição de 1988 foi além, prevendo procedimentos sumaríssimos e orais para as infrações penais denominadas de menor potencial ofensivo. O projeto de lei sobre pequenas causas penais, aprovado na Câmara dos Deputados, contempla a possibilidade de encerramento do processo mediante a conciliação (constitucionalmente contemplada), na audiência preliminar. Disciplina, também, o procedimento sumaríssimo.

g) Obrigatoriedade e discricionariedade regulada

O modelo processual penal clássico da América Latina atém-se rigorosamente ao princípio estrito da legalidade (obrigatoriedade do exercício da ação penal pública), sem exceções. Também a doutrina sempre defendeu intransigentemente o princípio da obrigatoriedade, acima de qualquer demonstração especulativa (fim das teorias absolutas para justificar a pena e acolhimento das teorias utilitárias) ou empírica (impossibilidade de perseguir todos os delitos e métodos ocultos de seleção que a prática emprega).

Sem embargo, o novo processo deus conta da falácia e da hipocrisia da adoção rigorosa do princípio da obrigatoriedade. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos. Não se desconhece que, em elevadíssima percentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito, o Ministério Público não oferece a denúncia, o mesmo MP e o juiz agem de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima — com a qual o Estado até agora pouco se preocupou — está cada vez mais interessada na

reparação civil e menos na aplicação da sanção penal.

No Brasil, p. ex., são pouquíssimos os inquéritos instaurados por diversos delitos, entre os quais os de trânsito, quando os titulares dos interesses em conflito se compõem. Na rotina forense, há arquivamentos (não previstos em lei), como no caso de reconciliação do casal, após a agressão de um ao outro, ou quando se verifique que a pena a ser possivelmente aplicada afinal não impedirá a consumação da prescrição.

A reforma do processo penal na América Latina caminhou, por isso no sentido da preservação do princípio da obrigatoriedade, mitigando-o, porém, com o da discricionariedade regulada. Preferiu-se esse critério, que atribui à lei, com controle jurisdicional, a seleção dos casos, ao princípio puro da oportunidade, em que a referida seleção é confiada inteiramente ao arbítrio do Ministério Público.

Assim, a CF/88 abriu a possibilidade de transação nas pequenas causas penais, permitindo que a legislação a regule. E o projeto de lei federal, assim como algumas leis estaduais, contemplam o acordo entre o Ministério Público e o acusado, sempre assistido pela defesa técnica, de modo a que o juiz possa aplicar imediatamente a pena de multa ou restritiva de direitos, com extinção do processo. O projeto de lei federal serve-se, também, de outras técnicas, como a suspensão condicional do processo, nos casos em que haveria, afinal, a suspensão condicional da pena, e ainda da ampliação dos casos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, reforçando o princípio da autonomia da vontade.

h) A preocupação com a vítima

Saliente-se a maior preocupação do novo processo penal latino-americano com a solução reparatória ou conciliativa,

privilegiando-a no confronto com a pretensão punitiva.

No Brasil, o projeto de lei federal sobre pequenas causas penais avança nesse sentido, ao regular a conciliação civil e a penal, ambas objeto da audiência preliminar. A maior relevância é dada à composição dos danos causados, que importa na renúncia ao direito de representação ou queixa. Paralelamente, ampliam-se os casos de ação penal pública condicionada à representação, reforçando-se ainda mais a preferência pela autonomia da vontade.

É da tradição do sistema brasileiro, ainda, a delegação ao Ministério Público da legitimidade à ação reparatória do dano *ex delicto*, quando o titular do direito for pobre, além de todas as técnicas que permitem ao ofendido a participação no processo penal, como assistente da acusação pública ou para obstar à inércia desta.

i) A jurisdicionalização da execução

Outro ponto de convergência do sistema processual brasileiro com as linhas gerais do Código Modelo encontra-se na jurisdicionalização da execução.

A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Mas é preciso separar os dois aspectos. A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos Códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do *processo* de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual.

Deixando de lado a expiação da pena, objeto da ciência penitenciária, o processo de execução penal nada mais é do que o instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença. Sentença penal condenatória que, aplicando a sanção, se constitui no título executivo necessário à instauração do processo de execução penal.

O processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional. Em seus momentos inicial e final, ao menos. E ao longo de todos os incidentes processuais que pontilham a relação jurídico-processual executória.

Mas, como já escrevemos¹⁴, no sistema original brasileiro de 1941, a intervenção judicial na execução da pena era bastante reduzida; embora fosse proclamada que a atuação do juiz devia estender-se a todo o campo da execução penal, na prática essa intervenção estava limitada às decisões sobre os chamados “incidentes da execução” (*sursis* e livramento condicional), dentre os quais apenas o último ensejava, com maior frequência, um verdadeiro julgamento com alteração da modalidade do título executivo.

Essa situação modificou-se substancialmente nos últimos anos.

Primeiro, verificou-se a introdução do regime aberto (prisão-albergue), não previsto no então vigente Código Penal; de fato, admitida desde 1965 através de provimentos do TJSP, e posteriormente consagrada na legislação federal (Lei 6.416/77), essa modalidade passou a exigir maior intervenção do juiz da execução penal, não somente na verificação dos pressupostos de sua concessão, quando já iniciado o cumprimento da pena em regime fechado, mas sobretudo através de supervisão permanente, no que se refere ao atendimento das regras a que estavam sujeitos os beneficiários desse regime prisional.

Posteriormente, em conjunto com a nova lei que reformulou a Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), foi editada a “Lei de Execução Penal” (Lei 7.210/84), que unificou as normas sobre execução penal, tanto no plano administrativo como no jurisdicional.

O novo diploma legal consagra um sistema em que a recuperação do condenado deixa de constituir mera justificação teórica do encarceramento para servir de medida da própria pena e das formas de seu cumprimento; ao lado dos institutos tradicionais do livramento condicional e do *sursis*, traz a lei uma série de situações em que as indicações sobre a ressocialização do indivíduo submetido à execução passam a exercer influência decisiva na quantidade e na forma da sanção punitiva.

A execução da pena privativa de liberdade se faz de forma progressiva (regime fechado, semi-aberto e aberto), com a transferência do sentenciado para regime menos rigoroso, quando tiver cumprido um sexto da pena no regime anterior e seu mérito recomendar a progressão; do mesmo modo, é prevista a regressão, sempre que o comportamento do executado indique incompatibilidade com o regime mais brando.

São previstas ainda hipóteses de remição, pelo trabalho, de parte do tempo da execução, abatendo-se um dia de pena para cada dia efetivamente trabalhado, além de serem admitidas conversões, sempre relacionadas com os resultados da execução.

Em razão dessa sistemática, é fácil concluir que o acompanhamento da execução pelo juiz deve ser permanente e intenso, pois são os dados resultantes da observação da conduta prisional que irão permitir a correta adequação da pena à personalidade do sentenciado.

Por outro lado, tratando-se de uma fase no processo penal em que se realiza a individualização da pena, entende-se que a verificação concreta

das situações que autorizam as modificações do título executivo deve resultar não somente de uma decisão jurisdicional (*nulla poena sine iudicio*), mas sobretudo de um provimento resultante da observância das regras do “devido processo legal”, de acordo com a previsão do art. 5º, LIV, da CR.

7. Segue: pontos de dissonância

Apesar dos notáveis pontos de convergência entre o sistema brasileiro e o Código Modelo para Ibero-América, existem algumas dissonâncias no processo penal do Brasil, que ainda não se alinhou completamente ao moderno modelo acusatório.

Deixando de lado aspectos menos importantes (como o sistema recursal ou o tratamento da revelia), esses pontos cruciais podem ser condensados em dois tópicos, da maior relevância. Vejamo-los.

a) A valoração dos elementos probatórios do inquérito

Costuma-se afirmar que os elementos colhidos no inquérito não integram o material probatório que o juiz levará em conta para a sentença de mérito, com exceção, evidentemente, das provas de natureza cautelar, antecipadas e irrepetíveis, que são submetidas a contraditório posterior no processo.

No entanto, na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz. E não somente para efeito de provimentos cautelares constritivos ou quanto ao juízo de admissibilidade da acusação — o que é natural; mas também em relação ao próprio juízo de mérito.

Isso ocorre por duas razões: em primeiro lugar, porque o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito (com exceção dos crimes de competência do

Tribunal do Júri) são atribuídos ao mesmo juiz singular. E em segundo lugar, porque os autos do inquérito ficam apensados ao processo, acabando por influir, direta ou indiretamente, sobre a formação do convencimento do juiz.

Para obstar a esse gravíssimo inconveniente, que na prática acaba derrogando os princípios do contraditório e do juiz natural, o processo brasileiro deveria alinhar-se à técnica do Código Modelo, prevendo uma fase processual preliminar, destinada ao saneamento do processo e ao juízo de admissibilidade sobre a acusação, conduzida por juiz diverso do de mérito. Uma vez recebida a acusação, proceder-se-ia ao desapensamento dos autos do inquérito, com exceção das provas irrepetíveis, na conformidade do disposto pelo Código italiano de 1988, para que nenhum elemento prévio pudesse contribuir, ainda que só psicologicamente, a formar o convencimento do juiz da causa.

Preferimos essa solução à alternativa intermediária, no sentido de transportar o contraditório para a fase do inquérito, com o que o transformariamos numa espécie de juizado de instrução contraditório. Essa foi, de certa forma, a escolha do Código federal argentino e do Projeto do Uruguai, mas apresenta ela graves inconvenientes: a presença do contraditório não superaria o óbice da ausência do juiz natural, contrariando ainda os princípios da concentração, da imediação, da identidade física do juiz. E, do ponto de vista prático, nenhuma vantagem prática resultaria da submissão do inquérito policial a contraditório pleno, com o inconveniente de inchá-lo ainda mais. Pensamos, isso sim, que na concessão de medidas cautelares, sobretudo de natureza prisional, o juiz deveria necessariamente abrir o contraditório, como acontece no sistema francês, ainda que para efeito de manutenção da medida concedida *inaudita altera parte*.

É evidente que o sistema que preconizamos, com o juízo de admissibilidade atribuído a juiz diverso do de mérito importaria na prévia reforma das estruturas judiciárias. Mas não parece difícil, mesmo na nossa realidade, o desdobramento de funções entre os juizes já existentes, até porque, com certeza, muitos processos morreriam no nascedouro e, de qualquer forma, a técnica sugerida levaria à agilização do juízo de mérito, para o qual o processo já chegaria saneado e desbastado de incidentes processuais.

b) A oralidade e seus corolários

Já notamos (*supra*, 1) que a oralidade não é essencial ao modelo acusatório, nem a forma escrita é típica do inquisitório. Mas também dissemos que a técnica da oralidade é a que melhor se coaduna com a otimização da prestação da função jurisdicional, sobretudo com vistas aos corolários que só o processo oral pode garantir (imediação, concentração e identidade física do juiz).

Ora, o processo penal brasileiro ainda está longe da verdadeira oralidade, sendo preponderante a forma escrita dos atos processuais (acusação, exceções, defesa prévia, alegações finais, sentença). É certo que as provas são colhidas em audiência pública e oral; mas o processo ordinário não é concentrado, diluindo-se em diversas audiências bastante espaçadas no tempo, o que vulnera os postulados da concentração dos atos processuais e da imediação com as partes e as provas, principalmente porque não se observa, no processo penal, o princípio da identidade física do juiz.

Problema específico apresenta o julgamento dos crimes de competência do Júri: na *praxis* forense, assentou-se a prática de o tribunal popular satisfazer-se com o interrogatório do acusado em plenário, tomando conhecimento das provas produzidas em contraditório

perante o juiz preparador (*supra*, n. 6.a) apenas por intermédio da leitura dos autos, com o que se perde em imediação.

Anteprojetos em elaboração estão cuidando do assunto, razão pela qual se espera que no futuro o processo penal brasileiro se mantenha mais aderente à oralidade e a seus postulados, alinhando-se com as idéias fundamentais do Código Modelo, também neste passo.

8. Conclusões

Já tivemos oportunidade de escrever¹⁵ que os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*.

Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, no enfoque instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos da jurisdição.

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

A transparência, a desburocratização e a celeridade, assim como a participação popular, são corolários da estrutura acusatória adotada no novo processo penal. Os mecanismos de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência do processo penal. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário ins-

trumental técnico, necessário para dar-se operatividade ao sistema.

Essas idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, já começam a ser incorporadas pelas legislações específicas de diversos países da América Latina, sobre as quais inegável é a influência do Código Tipo.

Para o mesmo ideário conflui o novo processo penal italiano, apesar de certas restrições sugeridas pelo recrudescimento do crime organizado. E igual convergência apresenta, no geral, o sistema processual brasileiro, malgrado a existência de alguns pontos de dissonância, cuja eliminação poderá ocorrer nas reformas que já se delineiam.

Esta análise de direito comparado, assim, está carregada de um significado específico. Pretendeu-se, com ela, chamar a atenção dos estudiosos e dos operadores jurídicos em geral para a necessidade de, nos diversos países, prosseguir-se na caminhada conjunta em direção aos mesmos objetivos. E, particularmente para o Brasil, alertar para os rumos a serem seguidos nas próximas reformas, aptas a transformar o processo penal não somente num instrumento mais célere e transparente, mas sobretudo num processo de melhor qualidade, integrado às modernas tendências do processo penal.

NOTAS

1. Trabalho preparado para o volume em memória de Romeu Pires de Campos Barros e Athos Moraes Velloso

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

3. Ada, Pellegrini Grinover, *Lineamentos* cit., pp. 121-122.

4. O Código Modelo foi publicado em português na *RePro* 61/109-143; 1991: (Exposição de Motivos — 1ª Parte), 62/170-193 (2ª parte), 63/103-137 (3ª parte) e 64/108-144 (4ª parte).

5. Alcalá-Zamora, "Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción", *Estudios en honor de Alsina*, 1946, p. 791, nota 83.

6. Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, II/559-560, 1967.

7. Ada Pellegrini Grinover, *Lineamentos gerais* cit., pp. 124-126.

8. V., a esse propósito, os dois livros de relatórios e comunicações que reúnem os trabalhos apresentados ao Congresso Internacional de Roma "Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina", Ricerche Giuridiche e politiche, Materiali V/2-3, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto Italia-Brasile, Roma, 1991.

9. Vasquez Rossi, Apresentação ao Código, in Vasquez Rossi, Pessoa e Chiara Diaz, *Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 1991, pp. 7-8.

10. Foi o que resultou das intervenções de juristas colombianos (como Jesus Sanguino e Flores Gacharná) no debate ocorrido durante as Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, realizadas em Cuernavaca (México) em agosto de 1992.

11. V. Atas do Seminário de Turim sobre "Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero" e nosso relatório ("Lineamenti generali del nuovo processo penale" in *America Latina e punti di convergenza col modello italiano*), Giuffrè, 1991, pp. 165/166.

12. V. Nicola Cipriani, "Codice penale e di procedura penale e leggi complementari coordinati e annotati", Maggioli ed., VI ed., 1992, separata *Novità legislative*, p. 3.

13. Cipriani, op. e loc. cit.

14. Grinover, Magalhães e Scarance. "A exigência de jurisdicionalização da execução". Relatório apresentado ao Congresso Internacional sobre o Código-Tipo de Processo Penal para a América Latina, Roma, set. 1991, in *Fasc. Ciências Penais*, 4/3 e ss. n. 3, 1991, principalmente pp. 8/9.

15. Ada Pellegrini Grinover, *Lineamentos gerais* cit., p. 134.

DOUTRINA NACIONAL

APREENSÃO E REPRESENTAÇÃO DE IMAGENS EM PROTOCOLOS DE RORSCHACH DE EXAMINANDOS “VIOLENTOS”

AUGUSTO ABADE

Pesquisador do Instituto de Antropologia de Coimbra

LÚCIA COELHO

Professora da Sociedade Rorschach de São Paulo

ROBERTO FAZZANI NETO

Professor da Sociedade Rorschach de São Paulo

Embora reconhecendo o valor dos dados fornecidos pela prova de Rorschach, interpretados segundo uma perspectiva individual e dinâmica, indispensável ao clínico para o estudo de casos particulares, consideramos na Sociedade Rorschach de São Paulo que o material perceptual que esta prova nos oferece possa também ser utilizado como um instrumento de exame e de esclarecimento de processos psíquicos de ordem mais geral, investigados em neuropsicologia e em antropologia cultural.

Nosso trabalho constitui uma proposição para a sistematização dos fatores de Rorschach de modo a permitir o exame e a avaliação de processos psíquicos incluídos em paradigmas experimentais e mesmo em modelos teóricos sobre fenômenos psicológicos.

Partindo de um enfoque cognitivista, postulamos uma distinção metodológica entre “níveis” e “modos de tratamento” dos estímulos perceptuais padronizados por H. Rorschach: as relações entre os diferentes “níveis” serão do tipo vertical e interdependentes, enquanto que “as modalidades de tratamento” se distribuem de modo horizontal e com possibilidades variáveis de ocorrência.

Nos diferentes níveis de tratamento dos estímulos distinguimos: a captação seletiva das áreas nas diversas planchas — que corresponde aos processos ligados à atenção e a organização perceptual; a construção das imagens — que depende dos processos de elaboração e representação psíquica; e a categorização dos significados das associações verbais — relacionada ao processo de simbolização e expressão.

Examinaremos aqui um paradigma experimental que propõe a consideração do papel da percepção, da representação, do julgamento e da atribuição de significados — enquanto fenômenos cognitivos, na determinação do processo emocional.

Consideramos, em particular, um tipo de distúrbio emocional que se expressa como liberação intensa e incontrolável de um impulso afetivo, destrutivo, tendo como resultado o comportamento violento. Neste caso supomos que a alteração básica situa-se à nível do controle cognitivo das expressões afetivas, distinguindo-se dos distúrbios afetivos básicos observados em indivíduos neuróticos ou com determinados tipos de psicose e que também possam ter praticado atos de extrema violência.

Sujeitos: Nosso grupo compõe-se de 15 indivíduos com distúrbios de caráter, homicidas, de ambos os sexos e com idade variando de 17 a 55 anos. Esses examinandos foram selecionados dentre 20 casos, tendo sido 14 deles submetidos à perícia psiquiátrica para a feitura de laudos judiciários; 10 deles efetuados pelo Dr. Fazzani Neto e 4 pelo Dr. Timsit. O estudo dos 20 protocolos faz parte de uma pesquisa mais extensa em neuropsicologia das emoções, que vem sendo realizada na França pela Dra. Lucia Coelho. Para o presente trabalho selecionamos apenas os casos em que a extrema violência com que foram cometidos os crimes contrasta com a "frieza de sentimentos" revelada pelos seus autores, além do caráter prosaico e relativamente neutro do contexto situacional que desencadeou a reação agressiva dos pacientes.

O comportamento violento dos examinados pode ser caracterizado de modo sintético como: a) liberação de agressividade ocorrida durante a vigília e facilmente evocáveis, e que não acarretam sentimentos de culpa ou de horror em seus autores; b) atos brutais cometidos antes (espancamentos ou torturas) ou após a morte de suas vítimas (ingestão das vísceras do cadáver, extirpação dos testículos e esfacelamento do corpo, consumo de refeição colocada sobre o cadáver); c) agressão contra indivíduos indefesos (velhos, mulheres, crianças) ou impossibilitados de reagirem (atacados durante o sono ou pelas costas). Dentre as vítimas, nove eram parentes próximos dos criminosos (mãe, pai, filha, sogros, esposa) e as demais eram seus amigos ou companheiros de trabalho. E, enfim, todos os crimes foram cometidos por motivos aparentemente fúteis e discrepantes com a intensidade do ato destrutivo.

No quadro I apresentamos os dados relativos à identificação e ao diagnóstico atribuído aos 15 examinandos:

Procedimento: Os protocolos de Rorschach foram avaliados e seus resultados agrupados segundo os três níveis de tratamento dos estímulos perceptuais:

a) nível de captação dos estímulos e distribuição da atenção:

b) Modos de tratamento dos estímulos perceptuais:

1. *Apreensão e seleção dos estímulos para a estruturação do perceptomodo e graus de seletividade.*

1º Grau inferior: Tratamento das propriedades configurais das manchas apreendidas como unidade simples. Os estímulos se impõem à atenção do observador devido às suas qualidades estruturais de simetria, de ritmo espacial, de nítida demarcação de seus limites ou de unidade homogênea e simples — que caracteriza a pregnância das "boas formas" em *gestalt*. Tais estímulos correspondem no Rorschach aos Pormenores Primários isolados (Pi) e às Globais simples imediatas (Gi). O observador reage à impressão imediata que resulta de uma associação por analogia (semelhança) de imagens evocadas, caracterizando mais um processo de "reconhecimento" que de interpretação ativa.

2º Grau médio: em que ocorre extração e identificação de aspectos dos estímulos que freqüentemente passam despercebidos pela maioria, quer por sua reduzida extensão e pela posição que ocupam no conjunto de estímulos apresentados (pequenos pormenores) quer por se apresentarem como espaços em branco (espaços primários) integrados na percepção como "fundo" de uma figura principal. A apreensão desses estímulos já exige maior esforço da atenção e supõe um tipo de observação analítica, porém, tais estímulos evocam, como no grau inferior, associações imediatas por semelhança, ainda que, nesse caso, o "reconhecimento" se

acopanha de um certo grau de construção perceptual.

3º Grau superior: em que ocorre a extração, a identificação e a recombinação de diferentes porções do estímulo em uma construção mais complexa. Nesse caso o observador opera segundo um modo analítico-sintético, buscando inicialmente as diferenças que uma vez identificadas passam a se articularem em uma "interpretação" de ordem mais ativa e pessoal. A precisão e coerência dessa "interpretação" já constitui um aspecto mais ligado à elaboração da imagem do que à observação do estímulo. No Rorschach o examinando efetua uma seleção combinatória entre diversas porções dos estímulos (diferentes P interligados podendo ou não abranger toda a mancha: Pc ou Gc) ou entre manchas e espaços em branco (P ou p(E) e GE).

II. Capacidade em manter estável a atenção para o julgamento objetivo dos estímulos — eficácia do controle intelectual

Esse modo de tratamento dos estímulos formais já se situa em posição intermédia entre a seletividade perceptual e a construção de imagens, porém depende fundamentalmente da capacidade atual do indivíduo em manter estável a sua atenção, focalizando-a nas propriedades da situação externa. Adotamos aqui a avaliação das "formas bem vistas" segundo o critério estatístico proposto por H. Rorschach e aperfeiçoado por S. Beck e seus seguidores. Para obtenção de informações mais precisas, distinguimos o valor de F+ para o conjunto de planchas coloridas e para o conjunto monocromático — conforme o procedimento estabelecido por A. Silveira e sua escola.

III. Mecanismos inusuais que interferem na seleção dos estímulos

Alterações mais graves no processo seletivo da atenção e maior interferência de subjetivismo na apreciação do

estímulo poderão traduzir-se no Rorschach pela ocorrência de mecanismos inusuais de reação ao nível de captação dos estímulos. Como já os descrevemos em trabalho anterior (Coelho, 1980) apenas analisaremos sua ocorrência em nosso grupo de examinandos: Contaminação, Posição, Pormenor inibitório (p' ou Do) e confabulação (PG ou p'').

b) elaboração das imagens perceptuais

Modos de tratamento dos estímulos na construção de imagens

I. Organização das construções

A construção de imagens supõe um determinado tipo de elaboração predominantemente indutivo ou dedutivo dos estímulos selecionados. Avaliamos o grau de elaboração dos perceptos a partir do índice Z' de Beck, porém, distinguimos entre as construções de caráter racional e objetivo — em que não apenas prevalece o determinante formal, como também se baseiam em articulações precisas e coerentes de seus aspectos: designadas pelo índice Z1; das construções de ordem primordialmente impressivas e subjetiva — prevalência de determinantes não-formais e baseadas em associações subjetivas e mesmo sincréticas: correspondendo ao índice Z2.

II. Nível de Precisão Formal das Imagens

Onde avaliamos a precisão do percepto, independentemente de seu nível de organização e do tipo de fator determinante em sua construção. Distinguimos entre as imagens estabelecidas de modo preciso, em seu contorno e na articulação de seus pormenores, baseadas em aspectos objetiváveis na própria estrutura do estímulo — designadas como Ip, das imagens cujos contornos são pouco nítidos e onde a evocação e as associações subjetivas são mais de-

terminantes que as qualidades observadas no próprio estímulo designadas como IV. Considerando a própria tarefa solicitada pela prova de Rorschach: fornecer associações baseadas em perceptos organizados a partir de estímulos de formas ambíguas, a expectativa será a de encontrarmos com maior frequência as I^{as} que as IV^{as} — em que ocorre um afastamento do observador dos estímulos que lhe são apresentados.

III. Flexibilidade na utilização das características observadas nos estímulos para a construção das imagens

Distinguimos a ocorrência das diferentes categorias de fatores determinantes: cor, luminosidade, movimento, perspectiva e forma, e o nível de integração formal que se opera em cada uma das categorias. Avaliamos então a proporção entre os perceptos de tipo RC, RL, RM, RP e RF e a correlação, em cada uma das categorias, das modalidades de resposta.

IV. Interferência de Mecanismos inusuais na construção de imagens

A interferência pode ocorrer segundo três modalidades distintas:

1. Afastamento da situação da prova de Rorschach com interferência de associações parasitas; 2^a alteração no processo associativo pela interferência de reações emocionais ou de limitações cognitivas; e 3^a Distorções efetuadas na própria construção das imagens.

Em nosso grupo de examinandos encontramos os seguintes mecanismos em cada uma das modalidades referidas:

1^o. Associações Parasitas:

1. Referências à experiências pessoais como uma maneira de justificar perceptos vagos e dificilmente objetiváveis pelo sujeito.

2. Para-respostas: descrição das manchas, manipulação das planchas ou críticas pessoais à natureza do estímulo.

3. Liberação imediata de associações que na fase de inquérito são negadas ou esquecidas.

2^o. Alterações no processo associativo.

1. Respostas em forma negativa ou interrogativa, revelando a insegurança do probando quanto as suas próprias associações.

2. Expressão gestual, fisionômica e verbal de hostilidade contra a prova em geral ou quanto a natureza de um estímulo específico.

3. Repetição automática de uma mesma associação em diferentes estímulos da prova.

4. Perplexidade ou Rejeição diante de um determinado estímulo, traduzido como incapacidade total ou parcial de fornecer associações.

3^o. Distorções da Imagem:

1. Incapacidade de integração do estímulo colorido: condensação de cor, nomeação de cor, ou referência ao vermelho como elemento perturbador da imagem percebida.

2. Fragmentação das imagens — percepção de diferentes partes humanas ou animais sem integrá-las em um todo significativo.

3. Sincretismo — superposição de atributos heterogêneos em uma mesma imagem; especialmente de partes humanas em figuras animais ou vice-versa.

c) categorização de significados

I. Nível de abstração e de generalização das categorias

Em que distinguimos dois aspectos:

1^o. Percepção integral ou parcial das figuras humanas e animais.

2^o. Caracterização genérica ou específica das figuras humanas e animais.

II. Atribuição valorativa ao significado das imagens percebidas:

Onde distinguimos, em relação às figuras humanas e animais, as seguintes categorias:

- 1º. Atribuição de qualidades positivas;
- 2º. atribuição de características agressivas;
- 3º. atribuição de deformidades ou doenças às imagens que são percebidas de modo disfórico;
- 4º. percepção neutra das figuras, que são descritas de modo superficial e não integradas à uma situação específica.

III. Extensão de interesses traduzidas pela ocorrência de categorias de conteúdos além daquelas de figura animal e humana:

Agrupamos as categorias de conteúdos distinguidas na prova de Rorschach em três grupos principais:

- 1º. *Vagas ou quotidianas*: móveis, plantas, utensílios domésticos, acidentes geográficos, mapas;
- 2º. *Diferenciadas e específicas*: arquitetura, paisagem, arte, abstratas, ciência, botânica, aparelhos técnicos;
- 3º. *Forças poderosas da natureza ou armas agressivas*: explosões, enchentes, incêndios, erupções vulcânicas, terremotos, ligados à fenômenos da natureza, e armas ou cenas de luta, integradas em um contexto de destruição.

d) método estatístico e grupos de investigação

O tratamento estatístico dos dados obtidos a partir da análise perceptual dos protocolos foi efetuado por Augusto Abade, pesquisador do Instituto de Antropologia de Coimbra. Além do grupo principal de investigação, utilizamos dois grupos de confronto, um deles composto por examinandos cujos distúrbios

emocionais centrais foram designados como "ansiedade" (10 probandos, 5 de cada sexo com idade variando de 18 à 36 anos) e o outro composto de 15 protocolos extraídos de nossa população normal padrão de 140 examinandos.

Na análise estatística dos dados utilizaram-se três testes não-paramétricos: Qui-Quadrado (com correção de Yates), Mann-Whitney e Kruskal-Wallis. Para o primeiro agruparam-se os dados por frequências, em categorias discretas, servindo para determinar a significância das diferenças entre dois grupos independentes: indivíduos cujos índices se incluíam na faixa de variação normal e aqueles que se desviavam dos valores críticos; as categorias referem-se ao comportamento desses mesmos indivíduos, tendo sido divididos em violentos, ansiosos e em alguns testes, para os quais se possuíam dados, em normais. A hipótese nula a testar foi a não existência de diferenças entre os dois grupos relativamente à proporção de indivíduos violentos/ansiosos.

O segundo e terceiro testes utilizaram-se sempre que a experiência permitia atribuir um valor aos indivíduos, sendo estes divididos em três grupos: violentos, ansiosos e normais. Os grupos foram comparados dois a dois (Mann-Whitney) ou os três simultaneamente (Kruskal-Wallis) e a hipótese nula — os grupos pertencentes à mesma população, não diferindo no valor da média testada.

A descrição pomenorizada dos três testes pode ser encontrada em Siegel (1956).

Foi efetuada ainda uma análise discriminante para a avaliação dos níveis de seletividade da atenção relativamente aos grupos "violento" e "ansioso". A representação gráfica dos indivíduos num plano bidimensional baseou-se na redução da matriz de correlações entre as variáveis, sendo as coordenadas dadas pelos resultados do 1º vector próprio da matriz (abscissas) e pelo 2º vector próprio da matriz (ordenadas).

Síntese dos resultados

a) distribuição da atenção e julgamento crítico

I. Seleção dos estímulos

1. Prevalência significativa do nível inferior de seletividade no "grupo violento".

2. Maior probabilidade de ocorrência do nível 1 (baixo) no grupo "violento" e do nível 3 (superior) no grupo "ansioso". A ocorrência do nível 2 (médio) é variável em ambos os grupos. (Tabela estatística 1).

II. Estabilidade da atenção para o julgamento objetivo

1. Rebaixamento significativo de F+ no conjunto de estímulos monocromáticos em ambos os grupos com distúrbios emocionais: "violento" e "agressivo", em confronto com o grupo "normal".

2. Rebaixamento significativamente mais acentuado de F+ do conjunto de estímulos coloridos no grupo "violento", em confronto com os dois outros grupos. (Tabela estatística 2).

III — Mecanismos que interferem na seleção de estímulos

1. Dentre os mecanismos assinalados apenas o da "generalização forçada" (PG ou p'') ocorre com frequência significativamente superior no grupo "violento" quando confrontado ao grupo "ansioso" (Tabela estatística 1).

2. Dentre as 21 ocorrências de PG, 11 delas foram detectadas no conjunto monocromático (particularmente nas planchas I, e na VII) e 10 outras no conjunto colorido (especialmente na IX).

b) elaboração de imagem (representação psíquica)

I — Organização das Construções

1. No grupo "violento" a capacidade de organização dos perceptos acha-se

rebaixada de modo geral: independentemente da natureza dos estímulos e da qualidade das construções (racional, ou Z1, e arbitrária ou Z2).

2. No grupo "ansioso" o valor do índice Z2 é significativamente mais elevado, do que aquele do grupo "violento" em relação ao conjunto de estímulos cromáticos.

II — Precisão formal das imagens

1. A ocorrência de "imagens precisas" (Ip) é significativamente inferior no grupo "violento" em confronto com o grupo "ansioso", tanto em relação aos estímulos monocromáticos, como aos coloridos.

III — Utilização dos fatores determinantes

1. Respostas Cromáticas: RC

— A produtividade de RC no grupo "violento" é significativamente maior que aquela observada nos grupos "ansioso" e "normal" (Tabela estatística 2).

— No grupo "violento" ocorre predomínio significativo das CF, C e nC sobre as FC. Nesse grupo, as FC ocorrem no máximo uma vez a cada protocolo (aferidas apenas em 3 protocolos, ausente nos demais).

2. Respostas de movimento: RM

— No grupo "violento" a ocorrência de RM é significativamente inferior à observada no grupo normal.

— Os grupos "violento" e "ansioso" diferem apenas quanto a produção de respostas de movimento inanimado ou de bloqueio: ausentes no primeiro grupo e elevadas no segundo.

3. Respostas de Luminosidade: RL

— A ocorrência de RL não difere nos grupos "violento" e "normal", porém em ambos os grupos ela é significativamente inferior ao grupo "ansioso".

4. Resposta de Perspectiva: RPs

— Não há diferença significativa entre os três grupos quanto a ocorrência de RPs.

5. Ocorrência de Controle Formal

— No grupo “violento” a baixa ocorrência de determinantes em que prevalece o aspecto formal (FC, M, L e Ps) associada à redução de F+, particularmente no conjunto de estímulos coloridos, constitui um aspecto diferencial em relação aos demais grupos. Tal resultado deve ser correlacionado com a elevação do índice de impulsividade (R(II-III/VIII à X) obtido em outra pesquisa com os mesmos examinandos (Tabela estatística 1).

IV — Mecanismos que interferem na construção de imagens

1. O confronto entre os grupos “violento” e “ansioso” revelou haver diferença significativa entre eles, no sentido de maior frequência no grupo “violento”, dos seguintes mecanismos: “Referência Pessoal” (interpretações parasitas); “hostilidade”, “Repetição” e “perplexidade” — alterações no próprio processo associativo (Tabela estatística 1).

2. Os mecanismos designados como “Ref. Pessoal” e “Hostilidade” ocorrem predominantemente nas duas primeiras planchas da prova e se distribuem de modo semelhante nos conjuntos monocromáticos e coloridos (29 ocorrências de Ref. Pessoal e 7 de Host.).

3. O mecanismo “Rpt” foi assinalado em 13 dentre os 15 protocolos do grupo “violento” e aparece em pelo menos três planchas do Rorschach.

4. O mecanismo “Perplexidade” distribui-se igualmente nos conjuntos monocromáticos (13 ocorrências) e no grupo colorido (12 ocorrências), predominando especificamente nas planchas IV, III e VIII.

C) Categorização dos Significados

I — Grau de abstração e de generalização das categorias

1. A inversão da proporção teórica de “3:1” em relação às figuras humanas: H:pH, ocorre igualmente tanto no grupo “violento” como no “ansioso”.

2. A categorização “genérica” ou inespecífica das figuras humanas e a categorização “específica” ou particular das figuras animais, constitui uma característica do grupo “violento”.

II — Atribuição valorativa das imagens humanas ou animais

1. Atribuição variável e não significativa de significados particulares (agressivos, disfóricos, positivos) às figuras humanas ou animais percebidas pelos examinandos.

III — Outras categorias de conteúdo

1. As categorias designadas como “vagas” prevalecem sobre as demais categorias de conteúdo, de modo significativo no grupo “violento”.

2. A ocorrência isolada da categoria designada como “agressiva” — que abrange fenômenos da natureza ou objetos de agressão — é significativamente superior no grupo “violento” quando confrontado com o grupo “ansioso”.

Conclusões

a) captação dos estímulos e distribuição da atenção

Os examinandos “violentos” revelam dificuldades particulares diante dos estímulos da prova de Rorschach, cuja interpretação supõe uma análise preliminar que corresponde à atividade orientadora de estabilização da atenção para a seleção entre as diferentes possibilidades oferecidas pelo material perceptual.

I — No exame e seleção dos estímulos

1. Diante de estímulos complexos, revelam tendência a reagir segundo impressões imediatas, sem exame preliminar dos diferentes aspectos de modo a destacá-los para em seguida reagrupá-los em uma estrutura significativa. Percebem apenas os aspectos mais evidentes, que se impõem por si mesmos e não implicam em maior controle da atenção. (Sinal BNS).

2. A observação parcial de apenas um pormenor do estímulo, leva os examinandos a dele retirar generalizações impulsivas e não submetidas ao julgamento crítico quanto a pertinência da interpretação. (Sinal PG).

3. A dificuldade em estabilizar a atenção para o exame objetivo dos estímulos, torna-se especialmente acentuada diante das manchas coloridas, que mobilizam de modo direto as reações afetivas (Sinal F+c).

b) elaboração de imagem — representação psíquica

Evidencia-se uma alteração no processo de determinação de relações abstratas, fundamentais à elaboração de uma síntese pessoal de valores e normas pessoais que são indispensáveis ao comportamento autônomo e refletido, integrado às condições sociais.

I — Na organização das construções e na precisão formal das imagens

Os estímulos são interpretados segundo construções superficiais e mal definidas (Iv) e não suficientemente integradas no processo de reorganização de experiências (Z1). (Sinal Iv).

II — Na expressão dos afetos

1. Os examinandos reagem predominantemente aos estímulos coloridos, não conseguindo integrá-los de modo formal em suas construções. Tal aspecto do protocolo associado à evidência de con-

trole cognitivo insuficiente (redução do controle formal e elevado índice de impulsividade) sugerem a ocorrência de expressão pueril e intensa dos afetos (Sinal C) e de liberação de reações impulsivas, não controladas pelo julgamento refletido (Sinal CFI) nem inibidas por bloqueio emocional (ausência de m').

III — No modo de reagir às situações complexas e não habituais, representadas pelos estímulos do Rorschach:

1. Diante de determinadas planchas do Rorschach, os 4 examinandos revelam maior dificuldade de interpretação, denotam *perplexidade* e não superam a impressão de caos.

2. No início da prova, ao serem solicitados a expressarem um julgamento sobre o significado de situações ambíguas, os examinandos poderão reagir quer de um modo francamente *hostil*, quer adotem uma atitude evasiva, afastando-se da tarefa com *considerações não pertinentes*, relativas à sua vida pessoal. Em ambos os casos, eles não tomam consciência de suas limitações, nem exercem um julgamento crítico quanto às suas atitudes.

3. Durante a fase associativas da prova de Rorschach os examinandos adotam padrões de *reação estereotipada*: uma vez destacada uma determinada estrutura significativa, eles tendem a reutilizá-las de modo *mecânico e repetitivo* sem levarem em conta as variações presentes na organização dos diferentes estímulos que lhes são oferecidos.

c) categorização de significados

O exame da categorização efetuada pelos examinandos em relação às imagens por eles construídas à partir da percepção dos estímulos do Rorschach, revela o caráter variável que esse processo assume nos diferentes casos, ainda que mantendo algumas características comuns:

I — Grau de abstração e de generalização de imagens humanas e animais

As figuras humanas são descritas de modo genérico e vago — como “pessoas”, “gente”, “homem” — e percebidas sobretudo de modo incompleto (predomínio do pH). Em relação às figuras animais prevalecem as atribuições de características específicas, distintas, podendo ou não incluir a apreciação integral de suas imagens.

II — Atribuição valorativa das imagens humanas e animais

Embora presentes, nos diferentes protocolos, as atribuições de qualidades particulares às figuras humanas e animais — qualidades positivas, agressivas, disfóricas ou estéticas — elas são amplamente variáveis no grupo de “violentos”. Preomina de modo significativo apenas as imagens “neutras” onde nenhuma qualidade lhes é atribuída pelos examinandos.

III — Ocorrência de outras categorias de conteúdo

1. Nos protocolos de “violentos” prevalecem as categorias de conteúdo designadas como “vagas” — o que tanto poderá indicar indiferença emocional pelo que ocorre no ambiente, como traduzir as implicações das próprias condições culturais de existência observadas nos casos aqui investigados.

2. Apesar de relativamente rara, a ocorrência significativa para o grupo de “violentos” de categorias designadas como “forças da natureza” e como “objetos agressivos”, constitui o único elemento da categoria de conteúdos que traduz de modo direto o comportamento agressivo observado em nossos examinandos.

O distúrbio fundamental observado a partir das informações fornecidas pelo exame das provas de Rorschach em examinandos “violentos” pode ser caracterizado como *falta de controle da atividade voluntária*. De fato, a atividade voluntária implica não apenas a mobilização do interesse afetivo e a focalização seletiva da atenção, como também a capacidade de julgamento refletido das circunstâncias ambientais de modo a permitir a formulação de projetos e de estratégias de ação. No caso em exame, ocorre baixo limiar na mobilização afetiva, alteração na seletividade da ação e deficiência no julgamento crítico — tanto das circunstâncias ambientais como do resultado da produção individual.

Tais resultados coincidem de maneira notável com aqueles observados por Luria em pacientes com lesões frontais. Evidentemente seria errônea a suposição de haver alteração frontal em indivíduos que cometeram crimes violentos. Apenas podemos constatar que em ambos os casos ocorre uma alteração em um mesmo processo psicológico.

Um aspecto interessante a relevar é o da evidência de maior valor da prova de Rorschach para o fornecimento de informações, que foram obtidas apenas de modo fragmentário através da utilização de diferentes testes utilizados habitualmente em neuropsicologia.

Bibliografia

- Luria, A.R., 1973 — *The frontal lobes and the regulation of behavior in psychophysiology of the frontal lobes*. N. York and London, Ed. Academic Press.
- Luria, A.R., 1966 — *Human brain and psychological process*. N. York, Ed. Harper and Row.
- Siegel, S., 1956 — *Nonparametric Statistics for the Behavioral Sciences*. N. York, McGraw-Hill Book Company.

TABELA 1
KRUSKALL-WALLIS e QUI-QUADRADO

Kruskall-Wallis			Qui-Quadrado		
Teste	x	Signif.	Teste	x	Signif.
RPC	3,16	n.s.	Sinal Fc+	7,81	0,02
RL	18,82	0,0001	Sinal Pg	6,50	0,01
L	18,60	0,0001	Sinal C	20,80	p<0,001
RM	11,11	0,0039	BNS	9,14	0,0025
M	12,13	0,0023	Cont. Formal	57,67	p<0,001
MONOF+	15,06	0,0005	Mec.Ref.Pes.	4,34	0,037
CROMOF+	17,82	0,0001	Mec.Hostil.	5,58	0,0181
RC	8,69	0,0129	Mec.Rpt	8,51	0,0035
C	6,63	0,0364	Mec.Pplx	6,50	0,0108
PS	4,93	n.s.	Cat.Neutra	4,26	0,0390
			Cat.Agressiva	4,34	0,0372

TABELA 2
MANN-WHITNEY

Teste	Grupos		
	G1/G2	G1/G3	G2/ G3
	Signif.	Signif.	Signif.
RPS	n.s.	n.s.	n.s.
RL	n.s.	p<0,0001	0,0004
L	0,0392	p<0,0001	0,0005
RM	0,0007	n.s.	n.s.
M	0,0002	n.s.	n.s.
MONOF+	0,0006	n.s.	0,0027
CROMOF+	0,0001	0,0038	n.s.
RC	0,0396	0,0097	n.s.
C	n.s.	0,0386	0,0131
PS	0,0228	n.s.	n.s.
CROMOZ2	- -	0,0106	- -
MONOZ2	- -	n.s.	- -
CROMOZ1	- -	n.s.	- -
MONOZ1	- -	n.s.	- -
CROMOIp	- -	0,0003	- -
MONOIp	- -	0,0008	- -
SELETIVIDADE NI	- -	0,0006	- -
NM	- -	n.s.	- -
NS	- -	0,0017	- -

NOTA: G1-Grupo Violento, G2-Grupo Normal, G3-Grupo Ansioso.NI-Nível Inferior, NM-Nível Médio, NS-Nível Superior.

TABELA 3
ANÁLISE DISCRIMINANTE

Grupo de Origem	Nº de casos	Grupo de classificação	
		Violento	Ansioso
Grupo Violento	15	13 86,7%	2 13,3%
Grupo Ansioso	10	2 20,0%	8 80,0%

NOTA: Percentagem final de indivíduos bem classificados: 84,0%

ESTE EXAME PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

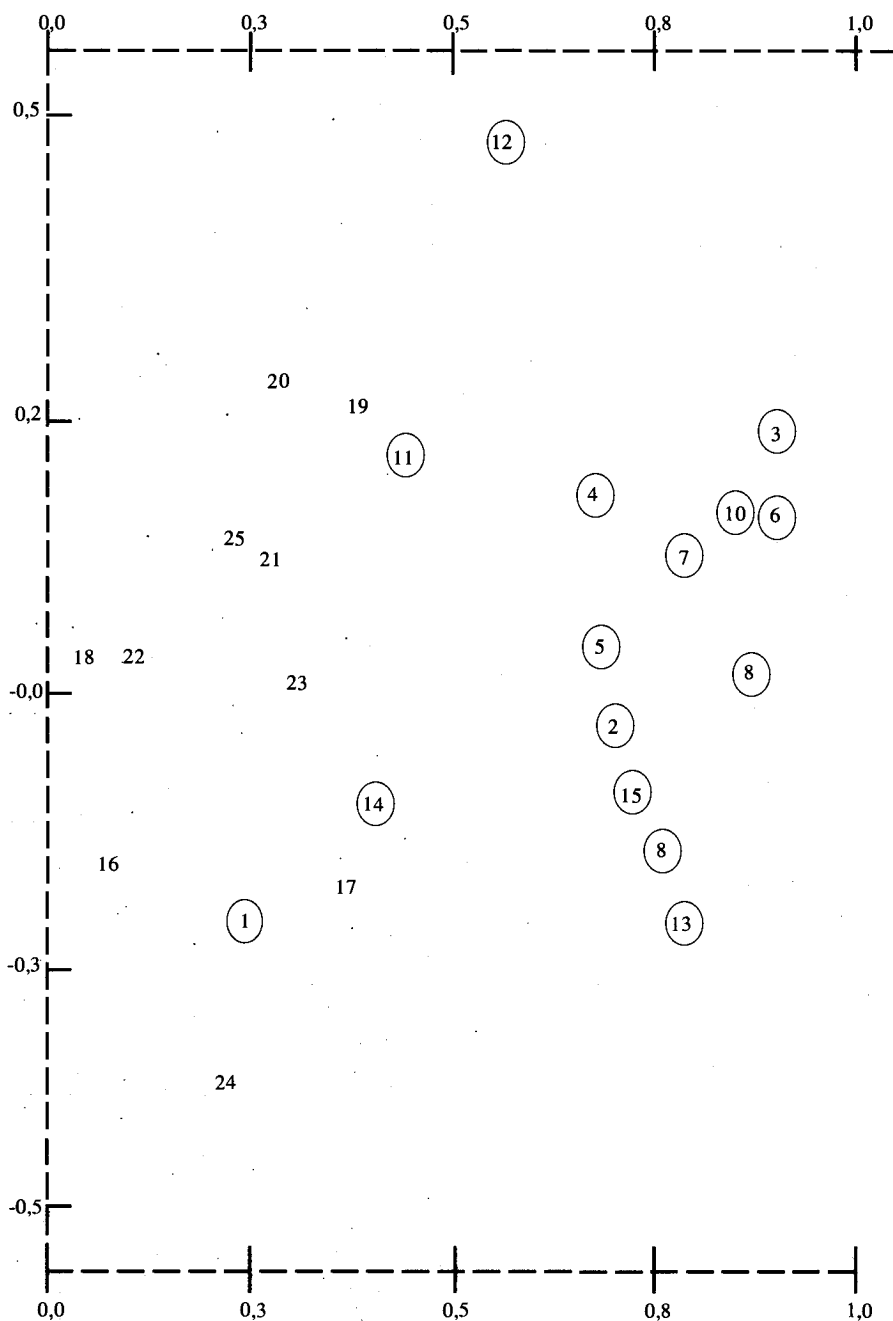


FIG.1 — Sinais de Agressividade.

Indivíduos de 1 a 15 — Grupo "Violento"

Indivíduos de 16 a 25 — Grupo "Ansioso"

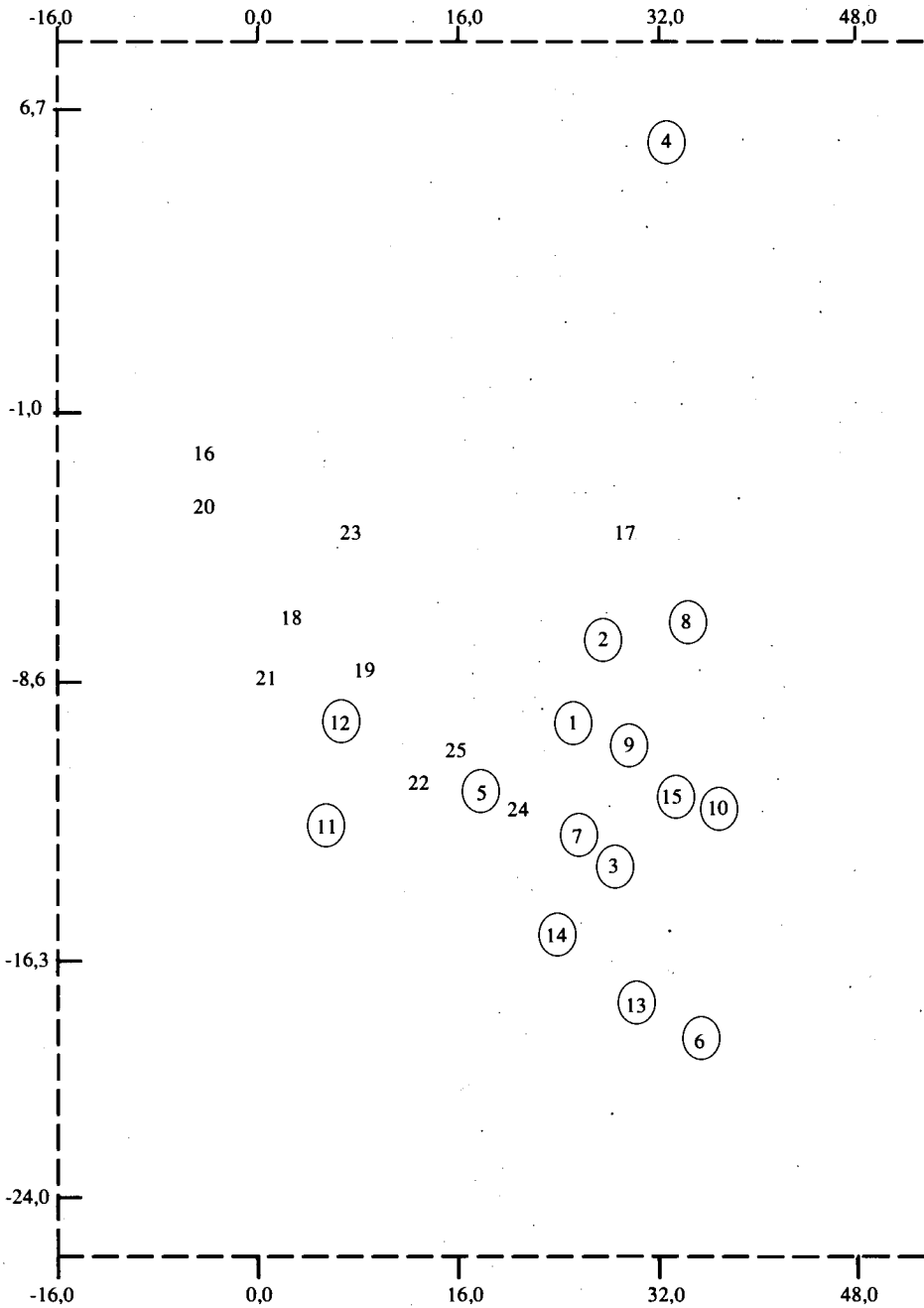


FIG.2 — Níveis de Seletividade.

Indivíduos de 1 a 15 — Grupo "Violento"

Indivíduos de 16 a 25 — Grupo "Ansioso"

DOCTRINA NACIONAL

A PENA-CRIME ARBITRÁRIA

AUGUSTO THOMPSON

Advogado criminal no Rio de Janeiro

1. A quem provocou lesão leve na vítima, impôs um digno julgador, no lugar de prisão, a obrigação de doar sangue por certo período. Porque o réu bateu na mulher, que não lhe fizera a comida a gosto, condenou-o outro íncrito juiz, em substituição ao encarceramento, à pena de cozinhar o almoço para a cara-metade durante um mês. A um terceiro, que sujara propositalmente o apartamento subjacente ao seu (no emporcalhado, conspícua promotora morava), um outro eminente magistrado decretou, para do ergastulo livrar o condenado, a determinação de limpar por trinta dias as latrinas da penitenciária Lemos Brito. Tudo com base no CP, arts. 43 e 46, dispositivos trazidos pela Lei 7.209/84.

Fantasiando, ocorre-me que ao homem que danificar o tabuleiro e os quitutes da baiana da esquina, em acesso de ira por não lhe saber bem o acarajé servido, cabe aplicar, ao invés de detenção, a sanção de, vestido a caráter, com saia rodada, pano-da-costa e balangandãs, servir a freguesia da lesada uma hora por dia durante um mês (punição que oferece a vantagem de, em função do aumento garantido dos negócios decorrente do espetáculo extra, satisfazer a reparação do dano).

Estamos em terreno que requer, para gerar esplêndidos frutos, tão apenas o adubo fertilizante da inventiva judicante. Que, como se percebe, após algum tanto de tibieza, começa a voejar com crescente facúndia.

Retornamos à instituição da *pena crime arbitrária*. Vetusta. Vem do período medieval, quando a legislação foraleira autorizava os juízes a empregar a imaginação para escolher as formas pelas quais devia ser executada a pena de morte *cruel*, de sorte a que melhormente infundisse terror e intimidação (a constatação da riqueza das invenções de então causa pasmo). E viveu período de fastígio com as Ordenações Filipinas, vigentes à partir de 1603, código que colocava ao alvedrio do juiz, com respeito a muitas infrações, fixar o castigo conforme “lhe bem, e direito parecer, segundo a qualidade da malícia, e a prova, que dela houver” (Livro 5º, Título CXVIII, § 1º).

2. A leguleio de meu porte, refoge autoridade para discutir a conveniência e oportunidade dos dispositivos de lei ordinária que concedem aos juízes as prerrogativas de criar penas. Fico na verificação da legitimidade, ou legalidade, deles, tão apenas.

Dispõe a CF, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Na medida em que não existe norma sufragada em lei a cominar as penas de doar sangue, cozinhar almoço ou limpar latrinas, defeso é, parece-me, aplicá-las, posto que assim agindo estar-se-á rompendo comando da Lei Maior. Como contra-argumento, poder-se-ia alegar que é a própria lei que autoriza, na pena de prestação de serviços à comunidade, ao

com regis infirmos, deos et
internacional involve veridica fusa.
Quos argumentum que a iusticia

[illegible]

A PENA DE MORTE E A CONSCIÊNCIA JURÍDICA INTERNACIONAL — PROPOSTA DE PLEBISCITO NO BRASIL

DIRCEU AGUIAR DIAS GINTRA JUNIOR

Juiz de Direito, em São Paulo, e Membro do Conselho de Administração da Associação Juizes para a Democracia.

1. Introdução. 2. Tendências jurídicas atuais. 2.1. O Direito Internacional. 2.2. O direito que se critica. 2.2.1. O positivismo jurídico e a pena de morte. 2.2.2. A concepção dialética. 3. Superação jurídica da pena de morte. 3.1. Tão inútil quanto desumana. 3.2. Banda da civilização. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

A proposta de plebiscito para a adoção da pena de morte no Brasil suscitou vários debates que veicularam considerações jurídico-constitucionais, sociológicas e ético-filosóficas, quase sempre em repúdio à ideia.

Bem lembrada a inconstitucionalidade da consulta ao povo, nos termos do art. 60, 4º, da CR, por pretender abolir direito individual protegido pelo art. 5º, XLVII, daquela — de que não haverá pena de morte salvo em caso de guerra declarada —, interessante seria mergulhar fundo na raiz de tal proteção para extrair do mencionado texto sua exata significação no momento histórico em que vivemos.

Em sua evolução cultural, chegaram os povos à noção de que os homens têm direitos fundamentais, acima das leis e do Estado. Pensados como instrumento de garantia do cidadão contra o Estado absolutista, pela filosofia iluminista, a noção de tais direitos muito evoluiu e, modernamente, a eficácia deles depende de sua promoção pelo próprio Estado. Uma ordem jurídica que aspire a justiça

so pode ser construída, nos dias de hoje, com a incorporação dos direitos humanos fundamentais.

Em nível supranacional, tais direitos estão inscritos na Declaração dos Direitos Humanos da ONU que, além de eleger a vida como um deles (art. III), estabelece que “ninguém será submetido a torturas, penalidades ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (art. V).

A pena de morte, por violar os dois princípios, tem sido retradcada com histórico esforço nos países civilizados. Com efeito, existe tratamento mais cruel do que impor a morte a alguém, com dia e hora marcados? É humano tal tratamento?

Há quem diga não serem as disposições da referida Declaração explícitas em repúdio à pena capital. Movem-se estas pessoas pela constatação de que países influentes no cenário mundial, como os EUA, a ex-URSS (e agora a Rússia) ou o Japão, ainda não a eliminaram de suas legislações.

Outros argumentam que a Justiça Internacional envolve verdadeira farsa, com regras ineficazes, decisões de ca-

ráter meramente moral, manipulada que é por países poderosos; que prepondera ainda a *soberania nacional*.

Útil aqui a lembrança de J. Monserrat Filho: "os países que mais resistem ao desenvolvimento democrático do Direito Internacional empenham-se constantemente em denegrir e solapar seus princípios básicos, ora minimizando sua importância, ora simplesmente ignorando sua existência, embora sejam universalmente reconhecidos. Enquanto isso, o conjunto esmagadoramente majoritário dos países partidários de uma ordem jurídica cada vez mais democrática luta, em primeiro lugar, na defesa intransigente dos princípios já conquistados e consagrados de forma inquestionável, pois a partir delas poderá chegar a novas e valiosas conquistas".

Realmente, a observação bem se aplica ao nosso país e especialmente à elite econômica, representada no parlamento por políticos que, ignorando ou desprezando a tendência mundial e querendo incutir no povo a idéia de que o recrudescimento punitivo e a pena de morte exerceriam grande papel intimidativo e de controle social, nada mais fazem do que manipular a opinião pública em seu justo sentimento de insegurança para manter o sistema de profundas injustiças sociais. O formalismo, forte na tradição jurídica brasileira, impregnada de dogmas positivistas, aguça o isolamento cultural em que vive o país.

Urge evidenciar a tais pessoas que no atual estágio de evolução das relações entre os povos é crescente a preocupação com o respeito às regras do Direito Internacional, mormente quanto aos direitos do homem.

2. Tendências jurídicas atuais

Com efeito, dos escombros da 2ª Guerra Mundial emergiram duas importantes tendências jurídicas, ambas nasci-

das da luta pelos valores democráticos e humanistas, cruelmente desprezados pelo nazismo e pelo fascismo. Elas guardam uma importância prática para os homens de paz porque o nazismo que gerou a barbárie da guerra e toda a truculência do Estado totalitário nada mais foi do que o produto final de concepções, já então questionadas, cuja necessidade de superar se mostra cada vez mais visível: o *ultranacionalismo* intolerante, baseado na absurda supremacia de uma nação sobre outras — e em consequência o direito de vida e morte de uns homens sobre outros —, e a *visão dogmática da ordem jurídica* a partir de uma ótica positivista para a qual eram inquestionáveis os textos legais emergentes de um Estado considerado o *bem supremo*.

As duas tendências referidas convergem e se confundem na defesa de princípios orientadores do direito que tem a ver com as conquistas gerais da humanidade em busca de paz e dignidade para todos os homens.

2.1 O Direito Internacional

Refiro-me, primeiramente, ao extraordinário *desenvolvimento do Direito Internacional*, no sentido de disciplinar mais eficaz e minuciosamente o relacionamento entre as nações visando a defesa de ideais permanentes e o respeito aos direitos humanos.

Houve época em que o direito só regulava as relações entre os habitantes de uma mesma comunidade, daí a vigência, no relacionamento entre as nações, do direito da força, como a *pax romana*, que não estabelecia senão a submissão universal dos povos vencidos. Eram normais a guerra de conquista e a escravidão. Estas concepções, ainda que condenadas por sábios em várias épocas, dominaram a maior parte da história da humanidade.

Modernamente, porém, o relacionamento entre os povos tem exigido novas respostas jurídicas que motivaram verdadeira ampliação do próprio conteúdo dos direitos humanos. Especialmente após a 2ª Guerra Mundial desenvolveram-se os *direitos de solidariedade*, direitos dos povos, individuais e coletivos, que interessam a todos.

A soberania nacional tem perdido terreno ante a emergência da ordem internacional. Esta questiona a validade atual dos atributos tradicionalmente ligados àquela, que sofre, hoje, limitações objetivas que não se pode ignorar. As guerras de conquista e as agressões entre os Estados, p. ex., após séculos de luta, são formalmente condenadas pela Carta da ONU. O conceito de *guerra justa* tem se estreitado. A pena de morte pertence a um tempo em que, mergulhados em guerras sangrentas e doenças ainda não controláveis pela medicina, os homens conviviam com a morte. Ela era sempre uma possibilidade e seu significado não encerrava a dor social que presentemente conhecemos, num mundo em que a paz e a saúde são esperadas. Prova disto é a ressalva em algumas legislações — inclusive na brasileira — de que a pena de morte pode ser aplicada em caso de guerra externa declarada. O mundo da guerra, ao menos em termos de aspiração da humanidade, pertence ao passado e não mais dignifica os povos. A pena de morte, a ele tão estreitamente vinculada, também. Para a humanidade de hoje são caras a paz e a vida, e isto se reflete no mundo do direito.

A ONU e outros organismos internacionais desempenham papel cada vez mais relevante no desenvolvimento do Direito Internacional, emitindo declarações e Resoluções que devem ser observadas por todos os países. Afinal, o Direito Internacional é um conjunto de regras consideradas legal e obrigatórias pelos Estados civilizados, em suas relações recíprocas.

Conquanto a Carta da ONU de 1945 não crie um *governo mundial*, pode ser vista como verdadeira *Constituição Mundial*. Seus princípios são obrigatórios, caracterizando-se como *inconstitucional* o direito interno que não os observe. Seu preâmbulo, expressando as aspirações básicas atuais da humanidade, além de firmar convicção quanto aos direitos fundamentais do ser humano, elege como objetivo a promoção do progresso social e melhores condições de vida, com liberdade mais ampla. Daí por que, referendo-se especialmente à Declaração Universal dos Direitos do Homem, vinda à luz por Resolução da ONU em 1948, dizia o Min. Xavier de Albuquerque ser ela "um capítulo duma evidente Constituição de todos os povos", havendo que orientar superiormente o direito interno.

É significativo, p. ex., que, enquanto no século passado as pressões para abolição da escravidão partiam da iniciativa de uma nação soberana, a Inglaterra, hoje a luta contra o *apartheid* na África do Sul tem sido feita no âmbito da ONU e, com o auxílio de inúmeros organismos internacionais. Note-se bem que isto inclui influência na legislação daquele país soberano, em nome de princípios universalmente aceitos.

O chamado *Direito das Gentes*, cujo conceito evoluiu a partir do direito universal dos estrangeiros livres, em Roma, buscou elementos nas concepções do Direito Natural para finalmente se identificar com o Direito Internacional — sofre crescente positividade. Não apenas as normas internacionais já consagradas, mas também os ideais de consciência jurídica perseguidos por forças progressistas, que acabam se cristalizando naquelas, devem vincular o direito interno.

É sábia a constatação de Stuart Mill no sentido de que "a história do progresso humano tem tido uma série de transições através da qual um costume

ou uma instituição após outra, passa de presunivelmente necessária à existência social, à condição de injustiça universalmente condenada. O direito se supera, e a necessidade de uma nova estrutura jurídica se faz sentir.

Dentro dessa perspectiva de gradativa superação, que entra a outra tendência a que o mesmo referencial *visão crítica do direito*, baseada em várias teorias que atuam no sentido de superar a crise do positivismo jurídico, sendo esta a mesma visão é útil, no caso, não apenas para elaborar a ética contemporânea de interpretação e aplicação dos preceitos genéricos da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, estabelecendo seu conteúdo atual. O documento veio à luz no momento histórico do pós-guerra e o intérprete há que levar em conta que sua aplicação não prescinde de verdadeiro trabalho de recriação jurídica dentro de uma ótica contemporânea ditada pelos rumos traçados pelos instrumentos internacionais, protocolos e convenções, especificados sobre pontos da Declaração, mas também para questionar o mito de que bastaria a autorização legal da pena de morte no Brasil para que ela se legitimasse e se impusesse como "atributo da autodeterminação do nosso povo perante a comunidade internacional". A história já demonstrou que a permissão formal do direito positivo (lei), levada às últimas consequências, pode gerar ultranacionalismos e formas autoritárias de governo, sempre insistentes na violação dos direitos humanos.

O positivismo jurídico e a pena de morte.

O positivismo jurídico, no momento culminante da identificação entre direito e lei, emergiu da filosofia iluminista que conduziu as revoluções burguesas

contra o absolutismo e elaborou o conceito jurídico de *igualdade*. Ele acabou por consolidar a concepção dogmática do direito, buscando legitimá-lo, não em fatores meta-jurídicos, mas em elementos de sua estrutura racional interna.

Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, pretendeu libertar a ciência jurídica de elementos estranhos para desvinculá-la da psicologia, da biologia ou da ética, por ex. Talvez cansado de procurar o conceito de justiça movido pela ânsia sistematizante dita científica, acabou ele por entendê-lo inacessível ao conhecimento: um ideal irracional. Daí voltar-se para o *direito real e possível* à ótica burguesa de mundo e não para o *direito justo*, desenvolvendo, assim, fundamentação filosófica para o positivismo jurídico, como se o *dever ser* e o *direito* não existissem, em última análise, para o *ser* para o *homem*, em sua formidável experiência sobre a Terra.

Tal concepção, em sua face mais radical, foi capaz de gerar a "ética" nazista de Hitler. O extermínio de judeus, chamada de *solução final*, estava ao abrigo das leis, sendo legítimo pelos padrões do positivismo normativista.

Como observa Norberto Bobbio, durante a ditadura fascista na Itália, a concepção positivista de respeito à lei serviu otimamente para o uso contrário, quer dizer, para inculcar a obediência à autoridade, para extinguir toda a veledade de resistência, para justificar todo delito realizado em nome de uma ordem recebida de um poder que era, ao menos, formalmente legítimo.

Não se pode esquecer que a elaboração das leis está impregnada de toda a ideologia que envolve o próprio Estado, comunidade ilusória que representa, na verdade, a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras, na luta de classes que constitui o cotidiano na história. É claro que o Estado não pode aparecer como realização de interesses particulares e, assim, para que exerça

a função apaziguadora e reguladora da sociedade, ele ganha autonomia e, pelas leis, faz crer que a supremacia é das idéias sobre os homens e não de uns homens sobre outros, como ensina Marilena Chauí.⁵ Diante desta sutil captação da unanimidade na adesão às leis, que parecem legítimas, igualitárias e democráticas, no Estado burguês — que bem se utiliza daquilo que José Edrardo Faria chamou de *função fabuladora de linguagem*,⁶ — é inevitável a pergunta: a quem serve a pena de morte? A que propósitos se presta?

2.2.2 A concepção dialética

As teorias críticas, voltadas para a superação da dogmática do positivismo normativista, permitem uma abordagem dialética do direito para identificar nele uma direção ou uma *síntese jurídica* da etapa histórica, a partir da luta constante entre progressistas e reacionários para a efetivação do direito posto — melhor seria dizer *direitos postos* porque o ordenamento jurídico não é uma completude harmônica, lógica e racional, encerrando, sim, contradições, lacuna é, sobretudo, ambigüidade de conceitos.

Além da análise do direito a partir da crítica da ideologia, cujo caminho filosófico foi aberto por Marx, mesmo no estrito âmbito do direito, já no século passado, alguns juristas foram percebendo que o progresso tecnológico e social faz com que as leis (direito positivo) se revelem passo a passo inadequadas à disciplina jurídica de certas situações, havendo necessidade de valoração de regras não escritas. Repensando o direito, a crítica das concepções positivistas muito evoluiu, especialmente para se afastar da clássica e estéril discussão sobre a contraposição *jusnaturalismo/positivismo*. Mas, as novas teorias continuam atuando cada vez mais fundo no

questionamento do *idealismo de juristas*, visando o propósito inicial de buscar o progresso das relações entre os homens e a democratização do exercício do Poder, que faz as leis, sempre destacando a necessidade de que os direitos fundamentais sejam efetivamente — e não apenas formalmente — respeitados.

O que se quer é a superação do dogmatismo positivista, num movimento de aproximação do direito da realidade histórico-social e tais reflexões são a base das obras dos juristas-filósofos Stammer e Radbruch. Foram também objeto da *Escola Sociológica*, que na década de 30 influenciou a Suprema Corte americana e em sua vertente mais extremada, do *realismo jurídico*, chegou a concluir que o direito não são as leis e sim o que os tribunais decidem.⁷ Imprimem orientação à *Association Critique du Droit* francesa e aos que, a partir da Europa, iniciaram a pregação de um *uso alternativo do direito*, numa ruptura da abordagem sistemática tradicional.

Nesta ótica, Roberto Lyra Filho chama a atenção para a necessidade de se respeitar certos princípios universais *aqui e agora*, ou seja, dentro da etapa a superar. A *síntese jurídica* por ele mencionada constitui “o vetor histórico-social, resultante do estado do processo, indicando o que se pode ver, a cada instante, como direção do progresso da humanidade na sua caminhada histórica. Esta resultante final (final, não no sentido de eterna, mas de síntese abrangedora do aspecto jurídico naquele processo histórico-social, em sua totalidade e transformações) se reinsere imediatamente no processo mesmo, uma vez que a história não pára”. O direito não é algo estático, a ser interpretado a partir do olhar fixo em determinado texto de lei. É na verdade um processo de libertação permanente que visa aproximar a justiça formal das leis da in-

premissas acima, de que se parte para a postura crítica, cuja advertência se impõe: o direito é criação dos homens, não passa disso.

Volando a questão da superação da dialética e da lei — que não se limita a aspecto interno do processo histórico, tendo raiz internacional, pois é nessa perspectiva que se definem os padrões de amplexação jurídica — temos que não há lugar para a atividade repressiva do Estado no sentido de exumar formulas já sepultadas, superadas, como a pena de morte.

Tal punição, contraposta ao direito a vida, deve ser expurgada, não por ser antinatural ou contrária a dignificação plena do homem, pois encontra oposição na história que quase sempre a admiu e mesmo na teoria da evolução das espécies, mas sim, pela superação de sua validade na subsistência dialécticamente atualizada no direito em que se identifica concretamente o conceito atual de justiça.

3. Superação jurídica da pena de morte

A consciência jurídica internacional, que reflete a síntese jurídica atual, superou a pena de morte como meio de combate ao crime, controle social ou defesa do Estado. Como tal, consciência internacional é vinculante do direito interno de um verdadeiro Estado democrático de direito, a defesa que alguns fazem, daquela, visando introduzi-la na legislação brasileira, além de reificada e divorçada dos conteúdos sociais e modernamente praticados, pode ser tida como antijurídica.

3.1. Tão inutil quanto desumana

Concede-se que o Estado moderno, tendo o monopólio da força, possa exercer a defesa da sociedade,

justo por convenção humana. Além das pectiva tão idealista quanto o mito do ou com a natureza humana, numa perspectiva de justiça em códigos que se não justifica se busque, abrigar ao conceito de justiça se busque, abrigar ao conceito de lei, até por ser indissociável do valor, e que o direito é bem mais que textos autoridade e não a sabedoria, que as faz negável conteúdo ideológico, que é a A constatação de que as leis têm justificativa teórica.

uma ordem natural, seja qual for a e suas relações, daí não haver base para evoluem como os homens, a natureza de justiça — e não só as leis — que não há valores imutáveis. Os paridade conceitual simplesmente por da, de que se fala encerra incompatibilidade de superação ou de campanha permanentemente. Vi-se ser.

O justuamismo superando dialécticamente as fases, num positivo, segue a marcha da história que, em contradição com o direito — por ele, evidentemente negado — a negação implícita de um justuamismo que busque equivocadamente em Marx justuamismo de longo medieval ou cosmológicos antropológicos do justuamismo.

teológicas, justificativas — teológicas, ainda que descarta ele as tradicionais, uma moderna, direito natural de combate rnuos. Não há razão para se conhecer positivo jurídico, cria situações novas, vende a ressurgir com vigor, quando o ao ultrapassado justuamismo, que Roberto Lyra Filho, não se há de apagar tica positiva, como adverte o próprio Para o exercício da crítica a dogma profetizo as novas constituições mas de cujas próprias contradições gões e oposições que o contradizem, cendentes e que define nas explora de libertação das classes e grupos as a-sei que se enuncia nos movimentos dentro do processo histórico, um "vi Filho, o direito não é, ele vem a ser, justiça real do mundo. No dizer de Lyra

Não se justifica, porém, que mate, incorporando mazelas próprias do indivíduo, que o faz por paixão, interesse ou defesa extrema em situação incontornável.

Como pode o Estado preservar respeitabilidade moral se escolhe dos homens o mal mais extremo que possa ser cometido, a mais cruel e irreparável ação humana, para institucionalizá-la? Seria dignificante escolher um homem, que tenha cometido um crime sem falar que sempre existe a possibilidade de erro judiciário, ainda que bárbaro e cruel, para, sacrificando-o, dar questionável exemplo aos outros homens?

Não se pode esquecer que a onda de criminalidade que motiva os adeptos do recrudescimento punitivo e da pena de morte tem muito pouco de voluntarismo, influenciando nela múltiplos fatores exógenos, mas, principalmente, a manutenção de uma sutil violência que vem do alto da pirâmide social, uma verdadeira violência oficial bem disfarçada pelos mecanismos ideológicos. Ela mantém, matematicamente, um certo número de pessoas na indignidade, abaixo da linha da miséria, à beira da loucura social.

É duvidoso que o sistema possa controlar por repressão a criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas ou que saiba identificar dentre as pessoas qual delas estava propensa ao crime e, tendo-o praticado, revelando crueldade pessoal, mereça a retribuição da morte por decreto. Seria tal ser um doente a ser bandido irreparavelmente da sociedade? Pode-se considerar que o Estado tem mesmo esta autoridade moral sobre as subculturas em que ele foi lançado, excluído da cidadania? A sociedade que o Estado formalmente representa tem o direito de homem para dele cobrar ações adequadas aos humanos? Não nos enganemos: se pena de morte houver será para os miseráveis enlouquecidos, excluídos da civilização

pelas mesmas pessoas que a exigem. A experiência que as estatísticas mostram sobre tal tipo de punição nos EUA destinada aos negros pobres dos Estados pobres do sul — são por cento reveladoras de como poderá ser sua aplicação em um país do terceiro mundo, onde os miseráveis são em número bem maior, a sociedade mais desorganizada e sujeita a maiores manipulações ideológicas.

Do estrito ponto de vista ético-filosófico, outrossim, a aplicação da morte como pena, explica o Miguel Reale, é absurda porque, sendo inapreciável e insuscetível de concordância conceitual racional — segundo Heidegger a morte de outro não representa qualquer experiência para nós, sendo em si mesma absurda, apesar de certa —, não pode ser componente de uma sentença penal, que deve encerrar juízo lógico de legitimação. Enquanto pena é absurda, também, pelo salto no escuro que a racional e valorativa graduação feita pelo juiz — ao passar da prisão perpétua para a de morte — teria no momento da escolha, rompendo qualquer proporcionalidade entre prisão e morte. Se, nesta visão, a morte por decreto encerra apenas a "crua cessação coerente da vida do homem", não encontra ela justificativa por finalidade?

3.2 Banda da civilização

A pena capital vem sendo abolida pelas nações civilizadas nos dois últimos séculos. Vinte e cinco países a retiraram de sua legislação apenas nos últimos quinze anos. A luta contra ela, em nível mundial, motiva organismos como o Tribunal Bertrand Russell de Direitos Humanos e o Anistia Internacional.

Tal pleito chegou à ONU, cuja Assembleia Geral, em 1977, exortou os povos a "restringir progressivamente o número de delitos em razão dos quais

possa ser imposta a pena capital tendo em vista a conveniência de abolir esta pena”.

Em abril de 1983 o Sexto Protocolo do Convênio Europeu de Direitos Humanos foi firmado. É o primeiro instrumento internacional vinculante e expresso para a abolição da pena de morte. A Europa Ocidental está para se livrar completamente dela. Igualmente há preocupação com o tema no Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1989 e a Associação Médica Mundial declarou não ser ético os médicos participarem na aplicação da pena capital.

Especificamente sobre o plebiscito para reintrodução da pena de morte no Brasil, o Parlamento Europeu aprovou, em 1991, moção em que denuncia o fato e conclama os parlamentares brasileiros a repudiar a idéia, invocando dentre outros argumentos a tendência mundial de sua abolição pela crueldade, desumanidade e “efeito embrutecedor sobre todos os intervenientes no processo e sobre a própria sociedade”.¹³

4. Conclusão

Cada vez é maior o número de organismos internacionais que se engaja nesta luta, perseguindo o ideal da concreta afirmação dos valores humanísticos, procurando demonstrar, inclusive com estatísticas, o grande equívoco que constitui a pena de morte. Ela se mostra apta a satisfazer apenas e tão-somente os mais baixos instintos do ser humano — porque ele os tem e como! — e a dar ensejo a perigoso precedente que pode ser utilizado de forma política, para eliminar pessoas inconvenientes ao sistema. Hoje serão os que cometem crimes chamados hediondos, cuja disciplina jurídica entre nós, aliás, mereceu a absurda Lei 8.072/90, de conteúdo autoritário, que, com base em critérios

questionáveis, rotulou condutas cuja penalização severa atende a valorização de interesses das elites. Amanhã serão os ladrões — só os de rua, naturalmente — e no futuro, quem sabe, os miseráveis “vadios” que, completamente excluídos das riquezas sociais e da cidadania, vagarão a esmo por nossas cidades se apropriando de um mínimo para subsistência — mínimo que, não sendo um naco de pão ou ínfima comida, configura crime aos olhos do iníquo sistema, de uma hipocrisia que se torna cada vez mais coletiva.

Se existe a luta pela abolição da pena de morte em nível mundial, pergunta-se: haverá alguma instituição internacional, ainda que movida pela tão falada *onda de violência* — que não deixa de ser real na sociedade moderna que ainda luta por integrar todos os segmentos à cidadania, paz e efetiva igualdade —, defender a pena capital para este ou aquele delito?

Evidente que não.

É mais que sabido que o respeito aos direitos humanos nunca deve depender da opinião pública, não se justificando, pois, plebiscito. A tortura não seria admissível, mesmo que tivesse apoio nela. Não se pode esquecer que a discriminação de certas minorias, brutalmente assassinadas na Alemanha nazista, não apenas se conformava ao direito positivo como tinha o absurdo respaldo da manipulada população germânica de então.

A opinião pública, apurada pela somatória de opiniões de várias pessoas, até da maioria, nem sempre coincide com as aspirações globais, baseadas na reflexão histórica da humanidade, consolidadas em direitos fundamentais que merecem proteção permanente — não eterna porque como já se viu o direito é dinâmico — aqui e agora.

A cogitação de se suprimirem direitos consagrados, que não foram escolhidos ao acaso, com respaldo em ple-

biscito e invocação da soberania popular, constitui demagogia levada às últimas conseqüências. Afinal, os princípios jurídicos consagrados pela humanidade não foram estabelecidos por número de votos.

Mecanismo de forte invocação democrática, deve o plebiscito ser estimulado, mas, também, entendido hoje em consonância com a ordem internacional e a proteção que universalmente se dá a certos direitos, limitadores da autodeterminação dos povos. Não se concebe respeito ao homem brasileiro desrespeitando-se toda a humanidade e suas conquistas.

A disposição do art. 60, 4º, III, da CR é sábia porque incorpora a proteção internacional. Busca o preceito evitar que maiorias ocasionais — ideologicamente manipuladas por políticos inescrupulosos que defendem soluções mágicas, messiânicas, para graves problemas geradores de criminalidade, em cuja base está a desigualdade social e a miséria — ponham em risco tal proteção.

O que desejam os defensores da pena de morte nada mais é que um álibi legal para pretensamente legitimar a selvagem eliminação da vida de menores e maiores abandonados pela sociedade e pelo Estado, humilhados e ofendidos em sua dignidade, despossuídos de tudo quanto as leis prometem como mínimo para a vida. Ela é praticada todos os dias por policiais que agem em nome do Estado e *justiceiros* que o fazem invocando grupos da sociedade que se dizem atemorizados pelo *banditismo*. Introduzindo na legislação o conceito de que a vida não é tão valiosa assim, permitiriam o aviltamento maior da vida, já tão sem valor real, dos marginalizados sociais.

Tais pessoas trabalham em gabinetes e imaginam estar fazendo um trabalho *limpo* porque, afinal, a seus olhos só pretendem encaminhar à discussão legislativa uma demanda do povo que representam. A elas, porque bem se aplica, a já famosa advertência que Baudot a um grupo de novos juizes franceses: “que a lei não vos sirva de álibi. Vossa decisão não termina numa folha de papel. Corta na carne viva”.

5. Bibliografia

1. J. Monserrat Filho, *O que é Direito Internacional*, Brasiliense, 1986, p. 62.
2. Apud Roberto Lyra Filho, *O que é Direito*, Brasiliense, 1985, p. 13.
3. Apud A Questão da Pena de Morte, documento da Seção Brasileira da *Anistia Internacional*, 1991, p. 6.
4. Norberto Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Eudeba, Bs. Aires, 1965, p. 8-9.
5. Marilena Chauí, *O que é Ideologia*, Brasiliense, 1985, p. 69-70.
6. José Eduardo Faria, *O Modelo Liberal de Direito e Estado*, em *Direito e Justiça — A Função Social do Judiciário*, Ed. Ática, 1989, p. 28.
7. Luiz Fernando Coelho, *Do Direito Alternativo*, *Bonijuris*, Separata 7, Curitiba, 1991.
8. Roberto Lyra Filho, ob. cit., pp. 92 e ss.
9. Amílton Bueno de Carvalho, *Jusnaturalismo de Caminhada — Uma visão ético-utópica da lei*, em *Magistratura e Direito Alternativo*, Acadêmica, 1992.
10. Roberto Lyra Filho, ob. cit., p. 100.
11. “Caso dos EUA mostra que não há relação entre crime e pena de morte”, *Folha de S.Paulo*, 17.8.91; *A Questão da Pena de Morte*, documento da Seção Brasileira da *Anistia Internacional*, 1991, pp. 20-22.
12. Miguel Reale, “Absurdos da Pena de Morte”, *Folha de S.Paulo*, 1991.
13. “Europa condena pena de morte no Brasil”, *Folha de S.Paulo*, 10.7.91.

DOCTRINA NACIONAL

MECANISMOS PENAIS PARA CONTROLE DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO BRASILEIRO

EDMUNDO OLIVEIRA

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Pará;
Pós-Doutorado em Direito Penal pelo Centro de Pesquisas de Política Criminal da Universidade de Paris;
Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério Público.

1. Introdução. 2. Visão panorâmica dos mecanismos penais para controlar a criminalidade. 3. A conveniência de sanções alternativas para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do Poder Econômico. 4. Peculiaridades dos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública.

1. Introdução

2. Visão panorâmica dos mecanismos penais para controlar a criminalidade

Antes de entrar na consideração específica dos crimes contra a administração pública, cumpre esclarecer o que se deve entender por mecanismos penais para controle dos crimes.

São eles aqueles meios e instrumentos jurídicos de que se vale a lei penal para prevenir os crimes e, se, falhar a prevenção, para reprimi-los.

A fim de prevenir, a lei começa por *descrever as ações* que ela considera ilícitas. Com essa advertência a seus destinatários, ela consegue evitar a prática de muitas infrações. O homem de bem, submisso ao Direito, guarda-se de praticar as ações tipificadas na lei penal. A definição do delito é, desse modo, o primeiro importante mecanismo penal.

Mas isso não basta: é necessário *advertir* a todos de que a comissão do ato descrito em lei como crime enseja um castigo, isto é, a redução de um bem jurídico do infrator. Esse segundo meca-

nismo chama-se *cominação da pena*, ou seja: ameaça de um mal. Graças a essa intimidação, a lei alcança deter, por vezes, o braço de um virtual criminoso.

Se, porém, esse objetivo não é atingido e o destinatário do preceito o infringe, cumpre deixar positivado que a ordenação legal não é apenas ameaça e, conseqüentemente, deve haver a aplicação da pena cominada.

Como se vê, a antiga polêmica sobre se a pena deve ser preventiva ou repressiva perdeu a razão de ser: pune-se o criminoso para prevenir novos crimes, quer do condenado (prevenção individual), quer das demais pessoas (prevenção geral). Mas para alcançar esse desiderato é preciso que a pena seja retributiva, que ela seja um mal para o condenado. Como prevenir o crime? Oferecendo um prêmio para quem o comete? Isso seria incentivar a proliferação dos atos ilícitos. Proporcionando a isenção de pena ao criminoso? O Direito Penal, então, se tornaria inócuo.

O Código Penal brasileiro distingue claramente os mecanismos de controle da criminalidade.

No art. 1º o Código exige a prévia definição dos crimes, isto é, a tipicidade das infrações (*nullum crimen sine lege*). Adiante, esse dispositivo trata da cominação de pena (*nulla poena sine praevia lege*). Na Parte Especial do Código estão apontadas as penas correspondentes a cada tipo de crime. E mais: os arts. 53 a 58 contêm regras pertinentes à cominação e os arts. 59 a 72 enfeixam as relativas à aplicação da pena. A cominação é obra do legislador; a aplicação é tarefa do juiz.

Com esses e outros mecanismos de que falarei adiante, o autor da lei procura transplantar para o mundo social a mesma ordem que reina no universo. Mas encontra uma dificuldade:

Enquanto a lei cósmica é inexorável, rígida, inflexível, a lei jurídica esbarra na liberdade humana. Ela preceitua, mas o destinatário do preceito pode não lhe obedecer. Com aquela grandiloquência que nós, os seus discípulos, lhe admiramos, disse Francesco Carrara: "O Direito é a emanção da lei eterna de ordem, que regula ao homem internamente livre o exercício exterior da liberdade, implantando a paz com justiça".

Nesse disciplinamento da liberdade, a lei a protege definindo direitos e a regula impondo deveres.

Os primeiros mecanismos para esse disciplinamento, que se sobressaem na legislação penal são portanto: a definição dos crimes; a ameaça de pena; a aplicação da pena.

É preciso não confundir a substância da pena, isto é, aquilo em que ela consiste, com a sua finalidade. Sua essência é a privação, total ou parcial, de um bem jurídico do criminoso: a vida, a liberdade, o patrimônio etc. Seu objetivo é o de proteger a ordem jurídica.

Por outro lado, ela deve ser proporcional à culpabilidade do agente. Esse não é coisa, é pessoa. O crime é um

fato humano e o infrator da lei deve responder na medida em que tenha agido em *consciente desprezo da ordem jurídica*. Onde falta a culpabilidade não há lugar para a pena. Onde ela é insignificante, uma repreensão, uma advertência, ou até uma censura podem representar na sociedade mecanismos penais suficientes, tudo dependendo da maior ou menor projeção de cada fato concreto no convívio social.

Sobre a aplicação da pena como mecanismo de controle, convém desde logo, refletir sobre as dificuldades para levar a bom termo o modelo brasileiro de penas privativas de liberdade, que não consegue satisfazer as mínimas exigências no tocante ao pedagógico tratamento dos delinquentes.

O complexo atual do país dispõe atualmente de 51.638 vagas, contudo abriga 124.638 presos que têm, em média 25 anos, em geral semi-alfabetizados e sem profissão definida. O resultado dessa equação é responsável por parcela expressiva da violência no cotidiano brasileiro, haja vista a proliferação da continuidade delituosa, com destaque para o Estado de São Paulo, onde a taxa de reincidência atinge 80%.

A questão não reside, então, apenas na construção de mais estabelecimentos prisionais. A simples política de construir prisões e mais prisões só perpetuaria as distorções numa escala maior, além de ser um projeto inviável para um país em desenvolvimento, considerando que as despesas de construção de estabelecimentos prisionais somam trilhões de cruzeiros (a construção de uma penitenciária para 500 presos, seguindo os padrões da ONU, custa cerca de 15 milhões de dólares. Para acabar com a superlotação carcerária, o Brasil precisaria construir, hoje, no mínimo, 249 estabelecimentos).

Isso serve para comprovar que a saída para solução do problema reside, como ponto fundamental, na determina-

ção de se levar a termo a execução da pena reservando a prisão aos casos em que o infrator represente perigo concreto ou contínuo à sociedade. Fora dessa hipótese, urge que ela seja substituída não somente pela secular fórmula da multa, como também por outras opções com real sentido educativo, que não estimulem o aprendizado e o aperfeiçoamento nas sendas do crime, mas, do contrário, possibilitem um retorno positivo para a coletividade sem onerar o contribuinte.

3. A conveniência de sanções alternativas para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico

Não se pode aceitar que a escassez de recursos financeiros justifique a passividade diante do grave problema penitenciário. A situação exige muito pragmatismo, criatividade e ousadia para buscar soluções novas e viáveis. Não existe cadeia feliz, por isso os países desenvolvidos também orientam suas políticas criminais no sentido de proteger os cidadãos com o exercício de restringir a pena privativa de liberdade às situações de reconhecida necessidade. Veja-se o caso do Japão: Em 1950, 103 mil presos; em 1970, 86 mil presos; em 1990, 55 mil presos. Exemplos como esse devem servir de estímulo para o Brasil, cujo sistema de administração da justiça criminal ainda prioriza a aplicação da pena privativa de liberdade.

No mundo todo a multa tem sido a alternativa mais recepcionada. E diga-se, de passagem, que, em relação aos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico, ela representa um poderoso instrumento, porque para muitos infratores desses crimes o que mais dói é a expectativa da pobreza, sobretudo quando, antes, eram pobres.

Além da multa, a abordagem em torno das sanções alternativas sugere lembrar que desde o Direito Romano se conheceu a admoestação (*admonitio*) como mecanismo para controlar a criminalidade. Por sua vez, o Direito Canônico estabeleceu as advertências (*monitiones*). O Direito francês consagrou a repreensão (*réprimande*) e o Direito alemão adota a censura (*Verweis*).

Outro mecanismo usado em várias legislações é o arresto domiciliar, já conhecido do Direito Romano. Entre nós, o Projeto Sá Pereira permitia que, em determinados casos, a pena privativa da liberdade fosse cumprida na casa do condenado (art. 71 § 2º do Projeto Sá Pereira de 1935).

Muitos países adotam o mecanismo da caução real como sub-rogado da pena. Não se trata da *cautio de non offendendo* que é puramente preventiva, como o “termo de bom viver” de nosso Direito antigo, mas de pena acessória, que obriga o infrator a depositar certa quantia em dinheiro, conforme acontece na Inglaterra, no caso de prática de pequenos delitos (*misdemeanor*). O Código Rocco na Itália adotou a (*cauzione de buona condotta*) como medida de segurança, conseqüentemente como mecanismo penal (arts. 236 a 238).

Outro instrumento penal é o *perdão judicial* adotado na antigüidade entre os Romanos, Gregos e Hebreus. No Brasil, é assumido em várias oportunidades, quando se dá ao juiz o poder para não aplicar a pena. O autor do delito é processado e, lembrando Carnelutti, em sua “Preleção Romana” de 1946, ao receber o perdão o infrator já sofreu o castigo de ter sido processado.

No Direito inglês e no americano se usa o mecanismo penal da *discharge*: o juiz libera o acusado mediante um *nominal punishment*, isto é, uma punição somente no nome.

A pena indeterminada, conhecida, secularmente, pela legislação penal da Igreja, acolhida também pela Constituição Criminal Carolina (Alemanha) de 1532 e pela Constituição Teresiana (Austria) de 1768, é outro mecanismo penal que vem sendo adotado, com algumas variações, em várias legislações. Veja-se, p. ex. que a Lei de Execução Penal do Brasil, no art. 126, emprega uma típica modalidade de pena relativamente indeterminada ou de pena determinada *a posteriori*, quando dispõe: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena".

A *suspensão condicional da pena* (*parole*) e o *livramento condicional* (*probation*) são dois outros importantes mecanismos legais hoje acolhidos em todo o mundo civilizado. No Código Penal Brasileiro, eles aparecem, respectivamente, nos arts. 77 e 83.

Estão abolidos do Direito das nações modernas e civilizadas os mecanismos penais degradantes, tais como a proscrição, a morte civil, o pelourinho, as penas corporais, as cerimônias infamantes, amplamente utilizados no Direito Penal da antiguidade.

Em países do primeiro mundo, como os Estados Unidos, para reduzir os altos índices de superpopulação carcerária no sistema público (nos Estados Unidos há cerca de 675 mil presos) são adotadas, atualmente, além do incisivo emprego da multa, outras oportunas providências: a) restituição ou compensação da vítima; b) prestação de serviços à comunidade; c) interdição temporária de direitos; d) suspensão dos direitos políticos; e) confisco de bens; f) limitação de fim-de-semana; g) livramento condicional supervisionado (*intensive probation*); h) vigilância eletrônica; i) encarceramento de choque; j) estágio em prisões privatizadas nos últimos anos de cumprimento da pena.

Ressalte-se previsão de alguns desses mecanismos, no nosso atual Código Penal (art. 43), como penas restritivas de direitos para o controle de crimes: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos; c) limitação de fim-de-semana.

Apresentado esse esboço sobre os mecanismos penais em geral, vejamos agora especificamente quais são os relativos: a) aos crimes contra a administração pública; b) aos crimes de abuso do poder econômico.

4. Peculiaridades dos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública

Os crimes contra a administração pública são objeto do Título XI da Parte Especial do Código Penal. Distinguem-se eles em: crimes praticados por funcionários; crimes praticados por particular.

Muitos são os mecanismos legais para o controle desses crimes. Apontarei, a título de exemplo, os principais entre eles.

No que tange aos primeiros, o principal mecanismo penal consiste na conceituação de funcionário público para fins penais. O conceito deste é muito mais amplo do que o de funcionário para o Direito Administrativo. De acordo com esse último, funcionário é somente o servidor investido em cargo público da Administração Direta, criado por lei, com denominação própria em número certo e pago pela entidade estatal no qual se enquadra. Para o Direito Penal, "considera-se funcionário público quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (art. 327), inclusive em entidade paraestatal (§ 1º)".

A norma penal não inclui os que exercem *munus público*, como, p. ex., os concessionários ou permissionários de serviços públicos, os tutores, os curadores, os advogados etc.

Mercê desse instrumento legal, amplia-se o conceito de funcionário público para fins penais. Trata-se, como se vê, de importante mecanismo para o controle dos crimes contra a administração pública.

A Lei 6.799/80 acrescentou ao art. 327 do CP o § 2º disciplinando que, nas hipóteses de crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, a pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Recentemente, em 2.6.92, foi promulgada a Lei 8.429, que: "Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública na administração direta, indireta ou fundacional e dá outras providências".

Nessa lei não se fala em funcionário, mas em agente público. E o art. 2º assim dispõe: "Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Outro mecanismo é de origem pretoniana, isto é, criado pela jurisprudência, e consiste em que a caução ou fiança prestada antes do crime não elide o peculato, diversamente do que ocorre com a reparação do dano, no caso de peculato culposos (§§ 2º e 3º do art. 312 do CP).

Também a aprovação de contas pelo respectivo tribunal não exclui o crime de peculato. Na verdade, as contas podem estar corretas, mas isso não quer

dizer que a pessoa esteja isenta da responsabilidade pela prática de peculato em relação ao bem de que tem a posse em razão do cargo.

Ao contrário do peculato doloso (art. 312 do CP) em que a restituição do proveito auferido pelo agente não influi na caracterização do crime, no peculato culposos (art. 312, § 2º do CP) a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade. O peculato culposos possibilita também que o ressarcimento posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória reduza pela metade a pena imposta, o que se estende aos co-autores e partícipes. Dessarte a oblação voluntária é importante mecanismo de controle desse tipo de crime.

No peculato mediante erro alheio, (art. 313 do CP), se o funcionário recebe mais do que o devido e se apropria da diferença, o crime só se consuma quando ele, funcionário, é chamado a prestar contas e não o faz.

Importante mecanismo penal é o dos crimes subsidiários, que só se configuram quando o fato praticado não constitui crime mais grave. Entre eles figura o de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento. Como se vê da pena cominada no art. 314 do CP o autor desse crime contra a administração pública está sujeito a 1 a 4 anos de reclusão "se o fato não constitui crime mais grave".

Anote-se que nesse tipo de crime, a jurisprudência consagrou um mecanismo que exclui a tipicidade do fato de o funcionário guardar em sua casa, ainda que irregularmente, o livro ou documento.

No caso de concussão (art. 316 do CP), o mecanismo penal consuma o crime com a simples exigência de vantagem indevida. Consequentemente o recebimento do provento não é necessário para a tipificação do crime; ele configura apenas o exaurimento do crime.

Na hipótese de corrupção passiva (art. 317 do CP), surge específico mecanismo pelo qual é irrelevante que o agente solicite ou receba a vantagem pretendida fora da função ou antes de exercê-la. O crime se consuma com a mera solicitação feita pelo funcionário, pelo recebimento da vantagem indevida ou pela aceitação de promessa.

Outro instrumento penal para o controle do crime aparece no caso de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do CP). Consiste em exigir a lei, para a tipificação do fato, que a facilitação se faça *com infração do dever funcional*. Se isso não acontece, não se configura o crime do art. 318, podendo haver, isto sim, a participação no crime de contrabando ou no crime de descaminho, definidos no art. 334 do CP.

Ressalte-se a existência de outro instrumento legal: o pagamento dos tributos devidos, que extingue a punibilidade do crime de descaminho. Mas não funciona assim no caso do art. 318 do CP: facilitação de descaminho. E mais: autor do crime de facilitação somente pode ser o funcionário, ao que incumbe a repressão do descaminho.

Outro singular mecanismo penal é o da exigência, no crime de prevaricação (art. 319 do CP), de que o agente atue para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

No crime de violência arbitrária (art. 322 do CP) é importante a ressalva legal de que a violência só é possível quando sem amparo em lei. Se, p. ex., a autoridade ou seu agente usa da força indispensável para vencer a resistência do legalmente preso, o ato é absolutamente lícito, como se vê do CPP art. 282. Igualmente no caso de resistência de terceiro (CPP, art. 292).

No abandono de função (art. 323 do CP), a jurisprudência e a doutrina consignam um mecanismo de isenção do crime na hipótese de haver substituto

legal para o desertor. O crime só se configura se esse deixa desassistido o cargo por outro funcionário.

Importantes mecanismos legais se encontram no exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324 do CP). Na primeira hipótese, exercício antecipado, há uma norma penal em branco, que deve ser preenchida por outras leis relativas à eventual exigência de exame de saúde, da posse, ou de qualquer outra formalidade. Na segunda hipótese, se a dilatação do exercício é legalmente autorizada por quem tem competência para fazê-lo, desaparece a ilicitude.

No que tange à proteção do segredo de ofício (art. 325 do CP), a lei penal cria certos mecanismos tendentes a protegê-lo: pune, não apenas a inconfidência, mas também a facilitação do conhecimento por parte de quem não devia ter notícia do assunto sigiloso. Especificamente, no caso de segredo de proposta de concorrência pública (art. 326 do CP), a lei cria mecanismos penais contra a revelação do segredo e inclui o ato de proporcionar a terceiro o ensejo de conhecer o objeto do sigilo.

No caso de crime praticado contra a administração pública por quem não é funcionário, a *contrario sensu* do art. 327 do CP, a lei cria vários mecanismos contra a usurpação de função pública, inclusive distinguindo-a da simulação de qualidade de funcionário, que é contravenção definida no art. 46 da respectiva lei.

Na hipótese de resistência à execução de ato de funcionário público (art. 329 do CP) a lei exige vários mecanismos para a configuração do crime: que o ato do funcionário seja legal; que o funcionário seja competente para executá-lo; que a oposição à prática do ato se faça mediante violência, que é o emprego da força, ou mercê de ameaça, que é a promessa de mal injusto e grave.

A simples resistência passiva, consistente na falta de colaboração, não tipifica o crime.

No crime de desobediência (art. 330 do CP) a lei cria vários mecanismos, ao exigir que haja uma ordem, que ela parta de funcionário público, competente, que ela seja legal, não se discutindo se é justa ou injusta.

Na hipótese de desacato (art. 331 do CP) a lei exige que a afronta seja feita ao funcionário no exercício da função ou em razão dela. Ou seja: por ocasião do exercício por parte do funcionário, ou por causa desse exercício. Há um único mecanismo que decorre da lei: não haverá desacato e sim repulsa ou reboisado se o funcionário houver dado causa ao desrespeito.

No crime de exploração de prestígio (art. 332 do CP) a lei estabelece como mecanismo penal, que a obtenção da vantagem seja conseguida a pretexto de influir sobre funcionário público para a prática ou a obtenção do ato de ofício. No crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) exige-se como mecanismo que a oferta ou a promessa da vantagem indevida seja feita para determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Ao falar em oferecer ou prometer vantagem indevida para que o funcionário pratique, omita ou retarde ato de ofício, a lei cria a especificidade pela qual a dação da vantagem, posterior à prática do ato funcional, não constitui corrupção ativa. Há pouco tempo o E. Supremo Tribunal Federal arquivou o inquérito feito para apurar o ato do Min. César Cals que três anos depois de haver concedido uma licença para exploração de mina foi agraciado, juntamente com outras pessoas, com uma joia, pelo beneficiário da permissão.

Importante mecanismo penal é aquele que equipara ao contrabando ou ao descaminho qualquer forma de comér-

cio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, o que hoje é muito comum por parte de falsos camelôs (art. 334, § 2º do CP).

Outro instrumento, valioso para o controle do crime, ou seja para sua prevenção ou repressão é aquele que equipara ao contrabando ou descaminho fato assimilado a qualquer deles em lei especial. Como exemplos poderíamos citar os casos de violação de *containers* e de saída de mercadoria da Zona Franca sem a devida autorização.

Sobre a prática do contrabando ou do descaminho, cumpre lembrar o mecanismo legal por cuja virtude o comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, ainda que em residências, é considerado atividade comercial para os fins do art. 334 do CP.

Levando em conta que o transporte de mercadoria por via aérea torna mais difícil a fiscalização das autoridades, a lei cria um mecanismo de controle ao elevar ao dobro a pena do contrabando ou do descaminho, no caso de translação em aeronave.

Ainda que dê respeito aos mecanismos penais nos crimes contra a administração pública, a Lei 8.429/92, sobre a qual falamos anteriormente, classifica os atos de improbidade administrativa em três níveis: a) que importam em enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízos ao erário; c) que atentam contra os princípios da administração pública.

São atos que importam em enriquecimento ilícito:

1 — receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III — perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV — utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII — adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII — aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições

do agente público, durante a atividade;

IX — perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X — receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI — incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

XII — usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

Consideram-se atos que causam prejuízo ao erário:

I — facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

II — permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III — doar a pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das finalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV — permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das

entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V — permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI — realizar operação financeira sem observância das normas legais regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII — conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII — frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX — ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X — agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI — liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII — permitir, facilitar ou concorrer para que o terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII — permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

São atos que atentam contra os princípios da administração pública:

I — praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso da

quele previsto, na regra de competência;

II — retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III — revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV — negar publicidade aos atos oficiais;

V — frustrar a licitude de concurso público;

VI — deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII — revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Na hipótese de atos que importem em enriquecimento ilícito, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Na hipótese de atos que causem prejuízo ao erário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstos na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilici-

tamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Na hipótese de atos que atentam contra os princípios da administração pública, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável fica sujeito às seguintes sanções:

Ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

5. Peculiaridades dos mecanismos penais para controle dos crimes de abuso do poder econômico

A Lei n. 4.137/62, regula a repressão ao abuso do poder econômico. No art. 1º, essa lei se refere ao art. 148 CF/46, que dizia: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".

A Lei 4.137 foi recebida pela CF/88 em vigor, cujo art. 173, § 4º dispõe da

mesma forma, embora com outras palavras.

Contém essa lei mecanismos penais para a repressão: dos *trustes*, isto é das organizações que monopolizam determinados mercados; dos *cartéis*, ou seja, os acordos entre empresas produtoras que se organizam para suprimir a concorrência; determinar preços e distribuir os mercados entre si; do *dumping*, que consiste no lançamento de produtos abaixo do custo para eliminar os concorrentes; da concorrência desleal (art. 196 do CP); do preço excessivo de mercadorias.

O assunto não é novo no Brasil. Há mais de meio século, uma lei matou no nascedouro um truste de fabricantes de fósforos. Inspirava-se essa lei no *Sherman antitruste act*, dos Estados Unidos.

A princípio, o legislador visou apenas a vedar o funcionamento de companhias de seguros ou de capitalização e de banco de depósito estrangeiro, no Brasil. Foi isso fruto do nacionalismo totalitário da Constituição outorgada em 1937. Mas o preconceito foi banido pelo realismo democrático da Constituição votada pela Assembleia Constituinte em 1946.

Os principais mecanismos penais adotados na Lei 4.137/62 são:

a) a descrição pormenorizada de vários tipos de cartel, de *trustes*, de *dumping* e de concorrência desleal, respectivamente, nos ns. I, II, III, IV e V do art. 1º; a exigência de comprovação do custo de produção, desde que haja indícios veementes de excesso nos preços; a cassação de patente concedida pelo Departamento Nacional de Propriedade Industrial;

a fixação, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, de prazo para que os responsáveis por abuso do poder econômico cessem a prática do desmando (posteriormente, a

Lei Delegada 5 criou a Secretaria Nacional de Defesa Econômica) (SNDE);

- a inflição de multa no valor de cinco a dez mil salários mínimos;
- a intervenção pelo CADE;
- a intervenção na empresa;
- a execução judicial da decisão do CADE.

Ainda envolvendo o tema em análise mencione a existência de duas outras leis que abordam especificamente a questão da ordem econômica no Brasil:

a) Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo;

b) Lei 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica relacionada ao petróleo e seus derivados e cria o sistema de estoques de combustíveis.

Aí, então, em ligeiro esboço, os mais importantes mecanismos legais para controle dos crimes contra a administração pública e do abuso do poder econômico no Direito brasileiro

DOCTRINA NACIONAL

DIREITO PENAL: VISÃO CRÍTICO-METODOLÓGICA

JOÃO CALDEIRA BASTOS

Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. Introdução. 2. Visão crítica. 3. Uma nova metodologia. 4. Vontade interpretativa. 5. Essência do crime. 6. Para concluir.

1. Introdução

Os compêndios de direito penal, no Brasil, permanecem apegados à premisa metodológica de identificação entre lei e direito e, na sequência, entre direito e justiça. Crime e pena são estudados a partir de esquemas teóricos importados quase continuamente da matriz preferencial, ítalo-germânica, sem que sobre ela se efetui previamente uma autêntica e necessária revisão crítica. Adotam-se sucessivos padrões de estrutura jurídica do crime e da pena, reapresentados através de vestimentas que se revezam na ilusória pretensão de revelar o enigma da esfinge. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade sofrem, ininterruptamente, retificações conceituais de aparente solidez ôntico-ontológica ou jurídico-legal, embora se percam e se estiolem em sua umbelical dogmaticidade subjetiva, a retirar-lhes qualquer caráter científico.

Entendo superada essa fase histórica. Os livros didáticos, no entanto, os manuais e tratados, as análises jurisprudenciais, os artigos doutrinários e as dissertações acadêmicas continuam, ao que parece, no mesmo ritmo e compasso. Não podem ser sumariamente esquecidos. E porque perduram e se repetem, se reciclando na troca de indumentária,

proponho-me a rever a matéria sob o prisma da metodologia de ensino do direito penal.

Na Universidade Federal de Santa Catarina — pelo menos — já não se põe tanta fé na visão teórico-dogmática do direito, encarado agora em sua própria realidade histórico-sociológica.

Conseqüentemente, muda o *método* de retransmissão acadêmica. Não se pretende nem se admite que a futuros bacharéis seja negada a oportunidade de raciocinar, ver e enxergar.

2. Visão crítica

O direito penal — ou qualquer ramo do direito — pode ser visto em termos críticos ou em termos dogmáticos. Ensinar o direito dogmaticamente é selecionar, *a priori*, uma idéia-chave (p. ex.: lei, costumes, razão, justiça etc) e transformá-la em verdade subsistente por si mesma, identificada em sua objetividade e cultivada em suas intrínsecas virtudes.

Há, neste esquema, vários dogmas em possível conflito ideológico. Francesco Carrara, na Itália, trabalhou com o dogma da razão universal, inerente a todo ser humano, qual centelha da razão divina. Nélson Hungria, entre nós, dogmatizou a lei, fonte exclusiva do

direito penal. A lei do Estado, nada mais do que ela, sintetizaria todo o seu conteúdo e substância, independentemente da natureza da norma, proibitiva ou permissiva.

Mais modernamente, ainda se fala em estruturas lógico-objetivas do direito. O próprio crime não escaparia dessa camisa-de-força, já que atrelado à conduta humana finalista, suficientemente sólida, em sua evidência, para clarear os caminhos de uma nova dogmática jurídico-penal.

Erro de método, de ótica, de percepção, de teoria. A única estrutura jurídica possível, se é que a expressão tem cabimento, é de ordem histórico-social. Razão humana ou divina, lei do Estado, justiça, realismo lógico-objetivo, tudo se dilui na relatividade normativa dos próprios fatos do homem em suas relações de convivência.

A essência do direito se manifesta mediante a inevitável contradição formal de várias fontes, agasalhadas inclusive pelo sistema constitucional. A divisão dos poderes, a retórica de sua origem, a cidadania, as liberdades públicas atestam a relativa legitimidade política de vários órgãos e segmentos da sociedade organizada.

É claro que eventual harmonia ideológica facilita a consolidação histórica do direito. A desarmonia, porém, não o desnatura: envolve engajamento ético de quem, nas circunstâncias, dispõe de poder decisório e impõe, afinal, a sua vontade.

O assunto, aliás, já se torna um tanto banal, diante do crescente número de publicações especializadas que não se limitam a fazer meras pregações filosóficas, destinadas ao mundo das idéias.

Os próprios atores do direito, com destaque para aqueles que exercitam funções no Ministério Público e na Magistratura, abandonam o palco iluminado da encenações dramáticas, do misticismo pagão, do ilusionismo retó-

rico e falam agora abertamente de suas dúvidas e frustrações, de suas mudanças, de suas convicções e, sobretudo, de sua conduta profissional. Operários do direito, mostram o que fizeram, sem marcas e disfarces, no marco de suas competências e possibilidades. A última coisa então que se pode esperar de um professor é que proíba aos alunos de perceber as raízes desse direito esparso, fragmentado, mas ainda complexo, dinâmico, fugidio, tantas vezes confuso e visceralmente contraditório.

Convém, no entanto, distinguir. Para efeitos didáticos a crítica ao sistema jurídico tradicional, centralizado na lei, expressão da vontade de grupos minoritários, é crítica valorativa, de engajamento ético. Pode-se então dizer que se está diante de uma visão crítico-ideológica do direito, um pouco diferente da visão dogmática, mencionada no início, e da *visão crítico-metodológica*, enfatizada ao longo destes comentários. Seus artífices (visão crítico-ideológica) empreendem verdadeira cruzada cívica, quase revolucionária, porque pretendem o comprometimento prévio do jurista com os reais interesses da classe social majoritária e flagrantemente desprotegida. Direito alternativo a lei, quando conveniente; qualquer coisa menos a lei, quando inconveniente. Mudança, portanto, das regras do jogo, diante da gestação de novo dogma, de conteúdo impreciso, indefinido.

Diversa é, de alguma forma, a visão crítico-metodológica do direito. Bem mais modesta, não se volta para o futuro, em projetos arrojados. Quando muito, se coloca numa posição intermediária, de reforço logístico à visão crítica no sentido ideológico.

Reforço logístico porque, sendo crítica da visão dogmática em seus diversos matizes, acaba consolidando a percepção da base contraditória de todo e qualquer direito, no espaço e no tempo. Daí sua utilidade prática, meramente

circunstancial. É que outro tipo de direito alternativo — que sempre existiu historicamente — pode servir-se da conscientização do processo dinâmico do direito e tentar direcioná-lo para outras vias. A própria lei, mais uma vez relativizada, cederia sua retórica para outras formas de alternatividade, de cunho elitista, antidemocrático.

De qualquer modo, insisto na distinção. Como professor, não preciso inscrever-me no clube dos contestadores, cujo comportamento, por sinal meritório, facilita o alargamento da visão crítico-metodológica, foco de atenção do presente artigo. O direito existe objetivamente, como fato histórico — eis a teoria — e o mínimo que se deve exigir de um professor, de direito ou de história, é que se atenha aos fatos reais, sem prejuízo de variáveis interpretativas em torno de suas dimensões e relevância.

3. Uma nova metodologia

Em consequência, novo *método* de ensino do direito. A crítica à visão dogmática, de ordem racional, numa primeira fase; e de ordem objetiva, mais ou menos equidistante, numa segunda fase, permite e ratifica ao mesmo tempo a noção da imanência de um direito positivo de várias fontes, em eterno processo de reciprocidade alternativa. Lei, ideologia e intérprete, de um lado; ação, vontade, liberdade, de outro, explicam melhor a realidade e essência do direito do que utópicas e fantasiosas opções teóricas de vazo dogmático.

Qual a tônica das persistentes abordagens do direito penal?

Parece-me que a marca registrada da moderna doutrina penal brasileira está no revezamento entre o uso dogmático da lei, através do domínio de técnicas hermenêuticas, e de pretensas estruturas lógico-objetivas, reveladoras da essência do crime e da pena.

Para começo de conversa ou uma coisa ou outra, diria qualquer estudante que tivesse alcançado a maioria eleitoral. As leis, ademais, são vagas e ambíguas. Adaptam-se com facilidade à ideologia do grupo social ou às concepções pessoais do exegeta. Em contrapartida, conservam a virtude de uma certa clareza, voltada para o seu núcleo, o que não tem impedido que se doutrine ou que se decida contra elas, ou sem ficções.

Mais, um pouco mais: as leis são rasgadas, num momento político de imposição da força pela força; ou são contornadas, elegantemente contornadas na conduta administrativa ou nas sentenças e acórdãos. E o tempo conspira e consolida o que o homem dispõe faticamente.

Como negar, então, a juridicidade ocasional e contraditória do comportamento histórico-sociológico, intrinsecamente coativo ou persuasivo, de quem obteve por persuasão ou consenso esse poder circunstancial de comando? Como esquecer as raízes históricas de todo e qualquer direito, quer num sentido amplo (norma geral positiva) quer particularizado (direito concreto, subjetivo)?

Vale o raciocínio para o próprio mundo, setorizado, do direito penal como objeto (direito-norma) e do direito penal como teoria (ciência do direito penal). Nada, absolutamente nada, foge à regra geral de que o crime e, pois, a pena, encarados como instituição jurídica, se inserem no contexto bem mais amplo do direito como um todo, como fato sócio-político, interligando-se por isso mesmo às circunstâncias históricas.

Crime e pena dependem um pouco menos da *inteligência* do intérprete do que de sua *vontade e liberdade* para identificá-los no caso concreto. Crime e pena se repelem, paradoxalmente, ao sabor de um visão realista do direito, já que a inteligência do crime, como projeto jurídico do legislador, pode

contrastar, em muito, com a vontade política de ignorá-lo ou com a liberdade física ou psicológica de levá-lo ou não em conta na fase de execução, de repartição de responsabilidades. Existe o crime, não a pena. Ou existe a pena, sem a recíproca do prévio delito.

Dai a importância da visão crítico-metodológica do direito penal. Criticamente se prova, sem dificuldades, o caráter da lei como *projeto* e, não, como realidade jurídica. O direito se concretiza à custa do suporte fático de outras matrizes, mais ou menos interligadas.

Essa percepção sistêmica do direito penal devolve à sociedade civil, por seus líderes, e aos poderes constituídos, em sua pluralidade, com realce para as autoridades investigatórias, os promotores de justiça e os magistrados, a conscientização de que *constroem* o direito e são, destarte, responsáveis pelos próprios atos. Não basta o raciocínio, a inteligência, na vida do direito. O intérprete, porque age, ou porque se omite, interpõe a premissa de sua vontade no processo de elaboração artesanal do direito.

4. Vontade interpretativa

A impressão que se colhe, todavia, da literatura especializada, é um tanto diferente. Parece que a vigência de novas leis torna suficiente o trabalho de adaptação do intérprete às instruções normativas, contando que se esforce em detectar a intenção do legislador mediante a utilização dos métodos tradicionais de hermenêutica. De par com elegantes questões de entrosamento hierárquico (constitucionalidade) e de compatibilidade intra-sistemática (concurso aparente de normas) ainda se pergunta se o legislador se curvou, ou não, a uma série de teorias adicionais, relativas à estrutura do crime.

Em resumo: busca-se o convencimento no plano da razão, da inteligên-

cia, da imparcialidade científica. Deixa-se na penumbra a própria substância do direito, cujas raízes se alimentam da vontade e liberdade do intérprete ou de sua rendição à força coercitiva de outras fontes, com inclusão da lei e do grupo social como um todo, ou fração desse grupo.

Ora, é a própria inteligência humana que atesta, de início, suas limitações, assim como corrobora a falta de clareza de todo e qualquer sistema cultural, ou jurídico, ou lingüístico. Há sempre um enorme espaço a ser preenchido pelo hermenêuta, que deve e só pode fazê-lo a partir de si próprio e de mais ninguém. Aflora, então, numa incisão mais profunda e realística do direito, a vontade soberana, ainda que compartilhada, de quem por algum motivo se vê na contingência de impor, opinar ou decidir.

O sistema lingüístico da lei cede a vez, em termos de *conteúdo*, para o sistema ideológico do intérprete. Sua liberdade, condicionada à censura interna e à relativa coercibilidade de padrões culturais contraditórios, numa sociedade heterogênea, serve de parâmetro para o grau de responsabilidade ética inerente à direção escolhida.

Para ficar-se com um único exemplo, ligado à nova Parte Geral do Código Penal vigente: a introdução do “erro sobre elementos do tipo”, do “desconhecimento da lei” e do “erro sobre a ilicitude do fato” (arts. 20 e 21), recebida em regra como avanço tecnológico, permite que o jurista encontre na lei o que melhor lhe convier, em função de suas preferências. O erro sobre a ilicitude do fato implica obrigatoriamente desconhecimento da lei. Quem admite que pode praticar eutanásia, por entender lícita a conduta, desconhece a norma incriminadora. Diga-se o mesmo com relação ao consumo de quantidade mínima de maconha ou à manutenção de local para encontros libidinosos.

Conclusão: não se disciplina o apetite do intérprete oferecendo-lhe cardápio tão variado. E o jogo retórico entre “tipicidade” e “ilicitude” só surte efeito na predisposição emotiva de quem gosta de ilusões...

A propósito, só as leis e teorias, por sinal fragmentadas, costumam aparecer no tronco e nos ramos de uma simbólica árvore do direito. Suas raízes, por serem raízes, raramente se mostram à superfície. Descobre-se a mágica tentativa de imposição lógico-racional de um direito construído a partir do tronco e dos ramos, sem raízes de sustentação.

Numa visão sistêmica, no entanto, consegue-se vislumbrar a seiva da vontade do intérprete a transformar-se gradativamente em seiva da vontade da lei ou do grupo social, na hipótese de conflito. É que leis e teorias só traduzem o direito se alguém se dispõe a sustentá-las, mesmo a contragosto.

Assim, ainda que no interior de um sistema jurídico reputado por muitos de elitista — sem embargo de suas propostas de igualdade e nivelamento — é perfeitamente possível enxergar a presença de conteúdos valorativos que resolvem, contraditoriamente, o problema das anomias e divergências. E como não existe lei, nem sentença, sem grupo social, pode-se pelo menos buscar neste último o denominador comum da síntese ocasional e passageira.

5. Essência do crime

Insistir, portanto, na validade de estruturas lógico-objetivas do direito penal é continuar desviando a atenção dos mais jovens para com a questão crucial do conteúdo ético do direito, a ser resolvida através de engajamento consciente e personalizado, no contexto histórico. Crime e pena jamais tiveram qualquer estrutura distanciada do cenário sócio-vivencial dos homens, seus únicos artificios e destinatários no plano

normativo, com ou sem aprovação divina. A essência do crime não se restringe à legalidade, via contradição formal (*nullum crimen sine lege*), ou à reprovabilidade ético-normativa (*nullum crimen sine censura*). A essência do crime não reside na tipicidade, na ilicitude, na culpa, no finalismo da conduta ou em qualquer outra palavra de dicionário cujo significado se possa encontrar na objetiva universalidade da “natureza das coisas”.

A essência do crime é visivelmente circunstancial e aleatória, haja vista a interdependência de fatores ou matrizes juriferantes (lei, ideologia, intérprete) em estágio de revogação recíproca ou de aliança estratégica, resolvendo-se, em substância, pela facticidade impositiva da vontade mais forte.

A falha maior, então, do penalista, é de credibilidade excessiva nos próprios métodos que utiliza no processo de identificação e interpretação da norma cabível. A pluralidade de métodos (texto, espírito, bom-senso, razão, justiça, equidade, política criminal etc) evidencia contradição insolúvel, a implicar adesão participativa no momento da escolha. E a opção se dá, em princípio, via intuição ou sensibilidade afetiva. Na sequência, ou como pressuposto, completa-se o esquema através da própria vontade, em havendo clima de liberdade opinativa (doutrina) ou decisória (sentença).

As divergências no foro criminal e nas práticas sociais se mostram hoje tão visíveis e tão palpáveis que me dispense, neste artigo, de abordá-las. Lembros agora tão-somente a título de ilustração genérica do que acabo de afirmar. Para que servem, afinal, as técnicas hermenêuticas se ninguém se entende na hora de aplicá-las?

Ora, toda teoria jurídica, por ser teoria, começa dogmática e arbitrariamente de si mesma. Trata-se de questão prévia, de cunho racional e filosófico,

que independe para aceitação do ideário político de quem quer que seja. A lógica, na sua pureza, dispensa os aplausos e resiste, incólume, aos apupos. Estudar, pois, a estrutura jurídica do crime a partir de qualquer teoria é, inevitavelmente, inventá-lo no plano das idéias, valendo a tentativa como simples obra nacional, desapegada de realidade objetiva, histórico-sociológica.

Erro, portanto — é bom insistir — de *método*, a menos que seus mentores admitam que trabalham hipoteticamente e nada mais pretendem do que retratar, para fins didáticos ou de comunicação, uma proposta de aborgagem, um ponto de vista, um modo pessoal de organização das próprias idéias e concepções.

A mesma pessoa pode encarnar, p. ex. a figura do professor e do juiz de direito. Em seu ministério pedagógico, diferentemente do que se passa no exercício da magistratura, desempenha papel de observador e, não, de operador do direito. A responsabilidade crítica do professor, de engajamento com a verdade objetiva, não se confunde com o dever ético do juiz de contribuir concretamente para a consolidação e desenvolvimento da justiça.

Colocada assim a questão, diminuem os riscos de alienação dos estudantes ou dos jovens bacharéis, que devem ser insistentemente alertados para a irrelevância científica de toda e qualquer teoria ôntica do direito. Livrar-se-iam, além disso, da inútil obrigação de acompanhar o caminho tortuoso de infundáveis retificações conceituais referentes à estrutura jurídica do crime, cujo conteúdo se constrói no interior do grupo social.

Na hora da verdade — solução tópica dos casos reais ou hipotéticos — os penalistas simplesmente não se entendem, ainda que agrupados em escolas, correntes ou doutrinas.

E por que não se entendem? Porque o cerne do direito está no conteúdo

valorativo das opções e, não, no vazio das fórmulas estéreis, incapazes de adaptação e sobrevivência. O direito é uma prática, uma práxis, um processo histórico intrinsecamente coercitivo, ligado à vontade e liberdade de ação dos que dividem entre si o exercício do poder normativo. A lei constitui apenas uma de suas fontes, num regime de separação de poderes.

Eis, por sinal, a fórmula genérica: o intérprete, mesmo que não o saiba, tende a selecionar na lei os artigos, parágrafos, incisos e alíneas compatíveis com suas expectativas. Por sua vontade, em clima de liberdade política chega ao ponto de revogar a própria lei, ora escondendo o jogo (ficção jurídica) ora agindo abertamente, a título de “político criminal”. Resta saber se é vedado ao analista crítico tomar consciência dessa dialética alternativa e enxergar juridicidade nas práticas sociais consolidadas e nas decisões de jurisprudência que enveredam por aquelas vias...

6. Para concluir

Sei que faço uma opção teórica. Procuro identificar o direito penal à realidade histórica proporcionada inclusive pela Constituição do país. Esta não se limita à idéia de crime e pena previamente definidos pelo legislador. A norma constitucional, mesmo quando encarada como projeto de direito, se esmera em garantir a participação dos demais poderes e do grupo social como um todo no processo histórico de sedimentação fática da juridicidade punitiva.

Tem-se então, desde logo, uma contradição formal de várias fontes ou matrizes, nada impedindo que se harmonizem em termos de conteúdo.

De qualquer modo, se não há crime sem lei, também não pode haver crime sem processo. E crime é aquilo que se diz ser crime através de uma exegese, de uma interpretação.

O grupo social interfere nessa dinâmica por meio de juízos de valor que controlam a criminalidade do fato. As autoridades policiais, em nova filtragem, selecionam os prováveis acusados, a cargo, em regra, do Ministério Público. Afunila-se a punibilidade em função da incidência de normas paralelas, de natureza processual ou de direito substantivo. Por fim, vigilância advocatícia, deficiências probatórias e piedosas ficções judiciais completam o quadro de redução estatística da potencialidade repressiva do Estado.

A doutrina jurídico-penal nivela os protagonistas e dá os fatos como provados. Em princípio, dogmatiza o texto e mesmo seu "espírito", independentemente do conteúdo da mensagem e da contra-ofensiva do sistema social. Importante é a lógica da lei, cujos conflitos internos, por serem "aparentes", se resolvem através do manejo de variáveis hermenêuticas que, em verdade, se replem.

É certo que a doutrina trabalha no campo das hipóteses. Na indicação das soluções, todavia, exerce papel equivalente ao do magistrado com poder decisório. Por isso mesmo, preocupa-se em transferir responsabilidade: a lei ou, quando muito, uma boa política criminal, justificadas racionalmente, servem como apoio retórico da argumentação desenvolvida.

Concurso material de crimes, concurso formal, crime continuado, ação, omissão, dolo, culpa, erro de proibição e de tipo, excludentes da ilicitude e tantos outros institutos e temas da área jurídico-penal são equacionados com impressionante maestria. Alerta-se, de passagem, para a complexidade da matéria, mas não se deixa de mostrar a saída do impasse pelo caminho do

argumento-chave, preponderante. Lei e natureza das coisas, de mãos dadas, solucionam a contento, em sua imparcial objetividade, toda a casuística possível e imaginável.

Entendo que, sem embargo da excelência das lições, se nega involuntariamente ao estudante a percepção da realidade íntima dessa dialética, de cujo cerne se irradiam projetos e informações intrinsecamente contraditórios. E se a contradição é também ideológica — circunstância normal e corriqueira no mundo do direito — não há ficção interpretativa capaz de esconder a vontade livre e soberana subjacente ao verniz retórico.

O direito penal, em sua conformação óssea, é muito mais complexo do que aparenta quando visto sob a ótica reducionista dos que o enclausuram na lei ou, paradoxalmente, em estruturas formais, destituídas de conteúdo. Não foge à regra elementar de que a lógica de todo direito é fático-valorativa: acompanha o curso e trajeto de uma dinâmica social alimentada de força, poder, vontade e liberdade.

Conhecer o crime e a pena é curvar-se à dogmaticidade do próprio fato histórico e dele extrair, com objetividade científica, as categorias básicas de sua pujança normativa, detalhe que não elimina, mas pressupõe, a conscientização da responsabilidade ética de todos e de cada um, no contexto das circunstâncias.

Em síntese: não há crime, nem pena, em termos de realidade normativa, sem o exercício dialético da força, poder, vontade e liberdade. São essas categorias, analisadas criticamente, que devem orientar o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento de um direito penal comprometido com a verdade.

DOCTRINA NACIONAL

A VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO EM FACE DA PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA*

JUAREZ TAVARES

Professor de Direito Penal da Universidade
do Rio de Janeiro e Procurador da República

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato praticado pelo Dr. Juiz Federal da 13ª Vara do Rio de Janeiro.

Impugna o impetrante decisão na qual a autoridade indigitada coatora, entendendo possuir o Ministério Público Federal atribuição de requisitar diretamente informações e documentos, negou-lhe a prestação jurisdicional no sentido de ordenar a quebra de sigilo bancário; porque considera que isso seria igualmente de atribuição institucional do *parquet*. Em contrapartida a esse posicionamento, o impetrante verbera em que tal decisão feriu-lhe direito líquido e certo de produzir prova lícita, de vez que a Lei 4.595/64 preceitua em seu art. 38, § 1º a necessidade de mandado judicial, a fim de que as partes legítimas na causa tenham acesso às informações sobre operações bancárias mantidas sob sigilo.

Sustentando sua decisão, aduz o ilustre magistrado que a atual Carta Magna conferiu ao MP “plena autonomia para a obtenção dos elementos necessários à sua atuação básica” (fls.). Em assim sendo, não veria razão para qualquer ordem judicial em determinar o desempenho das funções institucionais do MP, entre as quais se incluiria o poder de violar o sigilo bancário.

2. As questões submetidas a julgamento enfocam dois aspectos:

a) se o MP pode, de por si, independentemente de ordem judicial, violar sigilo bancário;

b) se é conferido ao MP o direito líquido e certo, amparável pelo mandato de segurança, de obter, de qualquer forma, por via judicial, a quebra desse sigilo.

Na longa e erudita petição inicial, a ilustre Procuradoria da República, Dra. Vera Lúcia Lima da Silva, após tecer comentários acerca do tratamento do sigilo bancário em outros países, fixa-se em que, no atual sistema constitucional, mediante interpretação teleológica do art. 5º LVI, ao MP é conferido o direito à obtenção das provas lícitas, o que ensejaria a impetração da segurança para esse efeito.

O pedido do MP, portanto, não se limita a exigir que o magistrado aprecie a pretensão probatória a ele submetida, mas sim de que se lhe conceda desde logo a violação do sigilo bancário, porquanto esse meio de prova, assim obtido, estaria respaldado no próprio texto constitucional, como prova juridicamente admissível e autorizada.

3. Convém, antes de apreciar especificamente o pedido do MP, que é amplo, examinar o primeira questão proposta.

* Parecer emitido no MS 92.02.14420.6, 13ª Vara/RJ

Nos termos do art. 129, VIII da CF constitui função institucional do MP, dentre outras: “VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações”.

Com base na primeira parte deste dispositivo, o ilustre magistrado da 13ª Vara Federal firmou convicção no sentido de que inclusive a violação de sigilo bancário estaria afeta exclusivamente à atribuição do *parquet*.

4. A Constituição Federal de 1988, acolhendo precisamente os eflúvios liberais das leis fundamentais européias de pós-guerra, inseriu entre os direitos e garantias individuais a proteção à esfera privada (*Privatsphäre*), *in verbis*: “Art. 5º X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Distinguiu-se no texto constitucional, para o efeito dessa proteção, entre os diversos círculos que compõem a esfera individual, tais a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem. Do mesmo modo, no n. XII, a Carta Magna estendeu a proteção à liberdade de correspondência e de comunicações telegráficas, telefônicas e dados.

Examinando esses círculos, leciona Paulo José da Costa Jr.: “A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo.

“Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao

alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

“No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo, conversações ou populo, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

“Por derradeiro, no âmago da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa” (*Comentários ao Código Penal*. Parte Especial, 2/147, n. 8, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988).

Evidentemente, dentre os objetos e elementos da vida privada, cuja proteção se assegura na Carta Magna, inclui-se o sigilo bancário, justamente no âmago dos segredos de que fala Paulo José, seguindo, nesse aspecto, os passos de Henkel (*Der Strafschutz des Privatleben gegen Indiskretion*, p. 83). Somente pessoas muito ligadas ao titular da conta, afora, está claro, os funcionários encarregados de mantê-la, é

que alcançam o conhecimento acerca do seu numerário, seu movimento, suas entradas e retiradas, suas aplicações, a origem do dinheiro e seu destino. O sigilo bancário, portanto, não é um simples instrumento de prática bancária, destinado a agilizar ou perpetuar seus negócios, mas uma extensão da proteção da vida privada, inserida como direito fundamental do cidadão. O sigilo não é do banco, é do homem que utiliza o banco, que com ele negocia.

5. Disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo bancário constitui, na verdade, o que a doutrina chama de direito individual relativo, isto é sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada.

Não fora essa condição, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente e objetivamente comprovado, poderia ensejar uma indevida e odiosa interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do sujeito.

Justamente com esse objetivo, já sob a égide do regime constitucional anterior, de feição autoritária, o sigilo bancário foi expressamente protegido na legislação ordinária, especificamente através da lei de reforma bancária (Lei 4.595/64, art. 38), a qual, inclusive, sancionou com a pena de reclusão de 1 a 4 anos a conduta de violar o referido sigilo (art. 38, § 7º). Antes disso, porém, o próprio Código Penal, em seu art. 154, sob a rubrica de “violação de segredo profissional”, já incriminava o fato, embora com pena menor.

Em termos de garantia, conforme a Lei 4.595/64, ainda em vigor, a violação do sigilo bancário só se poderá realizar mediante ordem do Poder Judiciário (§ 1º), do Poder Legislativo (§ 2º) ou de

Comissão Parlamentar de Inquérito (§ 3º), sendo que nos dois últimos casos os pedidos deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou pela maioria absoluta dos membros da CPI. Ademais, a essas informações só poderão ter acesso as partes legítimas na causa, que “deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma” (art. 38, § 1º).

A intervenção do Ministério Público nesse sistema de quebra autorizada se deu com a Lei 7.492/86 (Define os crimes contra o sistema financeiro nacional), onde em seu art. 29 e parágrafo único comete ao *parquet* a atribuição de requisitar de qualquer autoridade as informações necessárias à apuração dos crimes ali capitulados, independentemente de ordem judicial e da alegação do sigilo dos serviços e operações financeiras.

Independentemente da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo invocado, deve-se notar que na Lei 7.492/86 a quebra do sigilo por parte do Ministério Público submete-se a duas condições obrigatórias:

a) de que se trate de apuração necessária de crimes contra o sistema financeiro nacional e

b) de que o pedido seja dirigido a alguma autoridade. Não pode, portanto, o MP, mesmo no sistema desta lei, determinar de por si a violação do sigilo bancário com relação a estabelecimentos particulares de crédito. Para fazê-lo, é indispensável a ordem judicial.

6. Na convicção do ilustrado Juiz da 13ª Vara Federal, o art. 129, VIII da Constituição, transcrito mais acima, viabilizar e amplia o sistema da Lei 7.492/86, sem limitações, a qualquer espécie de obtenção de prova por meio da violação de sigilo bancário, sem consideração às condições ali traçadas e à espécie de infração penal que se quer investigar.

O entendimento do ilustre e culto magistrado, porém, não se harmoniza com o texto constitucional. O referido artigo invocado não dispõe expressamente que o MP tudo pode, sem limitações. Mesmo se assim dispusesse, ainda seria duvidosa sua aplicação, em face do conflito que geraria com a garantia e os direitos fundamentais do art. 5º, devendo prevalecer este último, até porque essencial à estrutura, à forma e à manutenção do regime democrático, como fundamento da própria República.

É inconcebível se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania. O combate à criminalidade e a defesa do invocado interesse público não justificam um sistema dessa ordem, porque violador da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a norma do art. 129 da Carta Magna deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 5º LIV, onde se exige a observância do devido processo legal para se exercitar contra alguém qualquer medida de limitação ou supressão de liberdade. Como a violação do sigilo bancário implica, evidentemente, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente deve ser efetuada, sob as garantias do processo legal, por ordem judicial. Essa é a conclusão normal que deriva do confronto entre a norma invocada pelo magistrado e aquelas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais. Se é necessário o devido processo legal, evidentemente, não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas a ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF).

7. Delimitado o âmbito de atuação do Ministério Público, com a assertiva de que a quebra do sigilo bancário não se inclui entre suas atribuições, resta analisar a segunda questão proposta, de se o *parquet* tem direito líquido e certo a obtê-la.

Desde que se lhe reconheça esse direito líquido e certo, o simples pedido do MP no sentido de violar o sigilo bancário de alguém, indiciado ou não-indiciado, não pode ser negado pelo Poder Judiciário.

Parece, entretanto, que as coisas assim não se passam.

O Ministério Público, como qualquer parte no procedimento penal, tem direito a obter as provas destinadas a embasar a imputação do fato (*Tatzurechnung*), mas seu pedido deve ser sopesado, assim como ocorreria com a defesa, sob os critérios da necessidade, oportunidade e adequabilidade. Mesmo que tenha ele o direito à obtenção das provas lícitas, todo esse procedimento probatório está submetido aos princípios de garantia instituídos na Constituição, tais o devido processo legal, o contraditório, o princípio da legalidade dos crimes e das penas, a proteção à liberdade e aos direitos humanos etc. Portanto, o direito à prova, principalmente no processo penal, é um direito limitado, condicionado à verificação no caso concreto de todas as condições de sua adequação e necessidade, em face do respeito aos direitos individuais em conflito com o interesse de punir do Estado.

Em profundo e exaustivo exame acerca da prova no processo, leciona Gerhard Walter: "É por certo muito duvidoso que em uma investigação caracterizada pela finalidade científica ou pelo caráter metódico... tenha-se que partir em princípio da prioridade da investigação". Inobstante, pode-se aprovar a conclusão a que chega Eser quanto ao processo penal. Aqui, onde estão em jogo primordialmente os interesses que

tem a coletividade na ação penal, é legítimo que esse interesse ceda diante de outros valores, quando houver motivos razoáveis, objetivamente justificados:

“Por serem tão elevadas as taxas de reincidência, frente ao interesse meramente punitivo da sociedade, parece tutelável também a tentativa de reduzir em longa escala a criminalidade, mediante a reeducação dos delinquentes. O mesmo vale dizer para as investigações criminalísticas a longo prazo. Em que pese ao ceticismo que esses esforços despertam, a tutela desses projetos parece ser um motivo objetivamente justificado para que o interesse na ação penal e portanto também o direito à prova (do Ministério Público, e também da vítima) cedam diante dele” (*La libre apreciación de la prueba*, trad. de Tomás Banzhaf, Bogotá, Editorial Temis, 1985, p. 343).

Portanto, o direito à prova lícita não é um direito inquestionável e absoluto. Está subordinado às questões concretas postas no processo e submetido aos critérios limitadores da necessidade e razoabilidade. Essa limitação não implica em cerceamento de defesa, mas em situar precisamente os devidos contornos desse direito, de modo a garantir valores mais elevados da ordem jurídica, qual seja, aqueles inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais.

8. Embora o princípio da verdade real oriente a coleta e interpretação da prova no processo penal, os meios a obtê-la não estão dispostos às partes de modo anárquico e incomensurável, mas nos limites definidores da imputação. A imputação (*zurechnung*) é que constitui a linha demarcatória de todo o procedimento, porque é ela que delimita, no regime democrático, a intervenção do Estado no círculo de liberdade do cidadão, atribuindo-lhe especificamente a conduta delituosa que quer perseguir.

A imputação é consequência do princípio da legalidade dos crimes e das

penas, segundo o qual só sobre os fatos puníveis definidos clara e determinadamente na lei é que se torna admissível a persecução penal. Assim, como a imputação deve estar referida diretamente a um fato típico, a prova destinada a justificá-la e a fundamentá-la para obter uma sentença condenatória deve, por via de consequência, subordinar-se a ela. Isto quer dizer que o MP, como órgão estatal encarregado da persecução penal não pode investigar toda a vida do acusado ou indiciado, mas unicamente nos limites e em relação ao que a eles se atribui.

Em estudo erudido e profundo dos princípios gerais do processo penal, o consagrado Prof. Jorge de Figueiredo Dias, da Universidade de Coimbra, ao assinalar as características do processo acusatório, em vigor entre nós, assim se pronuncia: “A acusação define e fixa, perante o tribunal, o objeto do processo. Num processo de tipo inquisitório puro a acusação, mesmo quando existisse, condicionaria apenas o se da investigação judicial, não o seu como nem o seu quanto: poderíamos ter aqui de novo uma forma acusatória, mas não um princípio de acusação, pois que a cognição do tribunal se poderia dirigir indiscriminadamente (inquisitoriamente) a qualquer suspeita de infração ou de infrator, mesmo que aquela suspeita não tivesse nenhum reflexo no contexto da acusação. Segundo o princípio da acusação, pelo contrário —, a atividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo objeto da acusação”.

“Deve pois firmar-se que o objeto do processo penal é o objeto da acusação, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os poderes de cognição do tribunal (atividade cognitiva: CPP, arts. 446, e ss.) e a extensão do caso julgado (atividade decisória: CPP, arts. 14º e ss.). É a este efeito que se chama a vinculação temática do tribunal e é nele

que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objeto do processo penal; os princípios, isto é, segundo os quais o objeto do processo deve manter-se o mesmo da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente) e — mesmo quando o não tenha sido — deve — considerar-se irrepetivelmente decidido” (*Direito Processual Penal*, 1^o/144-145, Coimbra, 1981).

O juiz pode indeferir, pois, pedidos de prova impertinentes, desnecessários, inoportunos e desvinculados da imputação. Se, por exemplo, tratar-se de crime que não deixa vestígios, ainda que requerida pelo Ministério Público, a prova pericial pode ser rejeitada, de vez que absolutamente desnecessária. Igualmente, a prova requerida fora dos prazos preclusivos estabelecidos no processo penal, ainda que necessária. Ou aquela que implique em submeter o acusado a constrangimento não autorizado, como o detentor de mentiras, a narcoanálise ou outras semelhantes, que violem direitos fundamentais.

No caso, a quebra de sigilo bancário, como meio de prova, deverá submeter-se aos limites e necessidades da imputação que se faz ao acusado. Sob pena de se aplaudir o excesso ou abuso de poder, a autorização judicial para tal fim deve estar portanto, condicionada à fundamentação, oportunidade e necessidade da demonstração do fato imputado. Se o fato imputado disser respeito a enriquecimento ilícito, ou a transações bancárias, ou a depósitos e contas-correntes, como recentemente se verificou na vida pública nacional, no *affaire Collor-PCFarias*, é evidente que a quebra do sigilo será cabível por que preenchidos os requisitos de razoabilidade, oportunidade e necessidade, bem como por que relacionados diretamente à imputação.

9. De qualquer forma, porém, a análise desses requisitos demanda uma valoração da imputação, que só poderá ser feita pelo juízo encarregado do processo de conhecimento, isto é, pelo Juízo competente para a ação penal e nos autos procedimentais ordinários que lhe servem de base.

Quando se trate de violação autorizada de direito fundamental, como é o da intervenção na esfera de sigilo do cidadão, com maior cuidado e ponderação se deverá agir, para só permitir a intervenção na parte absolutamente necessária da quebra desse sigilo, resguardando-se dela as parcelas estranhas ao que se necessite trazer especificamente aos autos para embasar a acusação.

Havendo necessidade do exame da imputação, o direito à prova lícita da violação do sigilo bancário não é um direito líquido e certo do MP, amparável por via do mandado de segurança, mas um direito que nasce e se afirma diante dos fatos concretos que se atribuem ao acusado (denunciado ou indiciado), sob o crivo do contraditório e do devido processo legal.

A exigência do contraditório e do devido processo legal, inclusive na fase preliminar da coleta de prova, não tem o efeito de impedir ou limitar a ação do MP, mas assegurar o resguardo de direitos fundamentais e garantir um procedimento justo.

O devido processo legal, no âmbito penal, significa subordinação aos princípios elementares de justiça, de proteção aos direitos fundamentais, de proibição do excesso ou abuso de poder, de oportunidade de defesa do indiciado e de subordinação à imputação, independentemente da repercussão social do fato.

Ademais, embora os fatos narrados no relatório da autoridade policial sejam graves, de modo a ensejar a mais ampla investigação e perseguição, não se tem sobre eles uma visão completa e total, com a individualização da necessidade

da prova com relação a cada um dos acusados, somente alcançável com a análise de todo o procedimento criminal. Mesmo que todo esse procedimento se encontrasse reproduzido nos documentos anexos ao pedido, ainda assim, a ponderação de valor da prova e diante dela os critérios de justificativa da quebra de sigilo bancário teriam seu exame vedado no estrito limites do *writ*.

10. Entretanto, se a quebra de sigilo bancário, por si, não configura direito líquido e certo, há outro direito líquido e certo do Ministério Público, inquestionável e absoluto: à prestação jurisdicional, direito à decisão judicial acerca de seu pedido de obtenção de provas lícitas.

Na espécie, pois, tem o MP direito de ver seu pedido de violação de sigilo bancário apreciado pelo Juiz da 13ª Vara

Federal, que o analisará em face dos elementos constantes dos autos, e de acordo com os critérios já acima expostos da necessidade, oportunidade, razoabilidade e referidos ao objeto do processo: a imputação a cada um dos acusados. A negativa em apreciar esse pedido, como de fato se deu, constitui violação de direito líquido e certo à prestação jurisdicional, amparável por mandado de segurança. Por sua vez, a negativa da quebra do sigilo comporta a correção parcial, nos termos do art. 96, I, *b* da CF e art. 6º da Lei 5.010/66.

11. Isto posto, deve ser concedida em parte a segurança, para determinar ao Juiz da 13ª Vara Federal que aprecie o pedido de violação de sigilo bancário formulado pelo Ministério Público Federal.

DESVIO DE CLIENTELA E VIOLAÇÃO DE SEGREDO*

MIGUEL REALE JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

1. A livre concorrência e a Constituição Federal. 2. A concorrência desleal e o processo de tipificação. 3. O meio fraudulento. 4. A hipótese trazida pela consulente. 5. Uso de segredo.

1. A livre concorrência e a Constituição Federal

A livre concorrência constitui um dos princípios basilares da ordem econômica consagrados na democrática Constituição Federal de 1988.

A livre iniciativa e o jogo de mercado, a sadia competição e a obtenção do lucro constituem molas propulsoras da atividade econômica, que encontra as naturais fronteiras na função social da propriedade e nos inafastáveis direitos do consumidor, além da valorização social do trabalho como condição de dignidade do homem.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa são manifestações próprias da pessoa humana, pois o trabalho é uma expressão do homem a ser dignificado não só no aspecto econômico, mas no plano moral, e que cumpre ser mencionado antes da livre iniciativa, precedência essa valorizativa, mas também lógica, pois iniciativa quer dizer atividade, sendo que todo trabalho é atividade. "No trabalho está a liberdade" (Bagolini, *O trabalho na democracia*, trad. J. da Silva Passos, Brasília, 1981, p. 34).

A ordem econômica, arrancando da idéia de valorização social do trabalho

humano, sustenta-se sobre três alicerces bem estaqueados: a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa dos direitos do consumidor.

Miguel Reale com acuidade apontou ser o objetivo da Constituição na ordem econômica: "o equilíbrio dos princípios conjugados de livre iniciativa e livre concorrência com o de defesa dos direitos do consumidor, ao qual o art. 170 faz expressa referência, dando-lhe igual destaque" (*Temas de direito positivo*, Ed. RT, 1992, p. 251).

Embora complementares, acentua Miguel Reale a distinção entre os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa.

Define Miguel Reale a livre iniciativa como sendo: "a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados" (op. cit., p. 251).

Já a livre concorrência comporta duas idéias essenciais. Primeira, a im-

*Parecer oferecido por solicitação de empresa de produtos alimentícios.

posição de limites à intervenção estatal, numa opção de um tipo de política econômica, de recorte liberal, em que a interseção do Estado na economia o será tão apenas para coibir abusos e preservar o livre jogo nos mercados.

A segunda idéia fundamental à concepção da livre concorrência é a honestidade na competição, obediência às leis de mercado e às normas jurídicas que a disciplinam.

A livre concorrência, assim, significa que a atividade econômica baseada na livre iniciativa deve seguir as leis de mercado, tendo por limites o estabelecido na Constituição e nas normas jurídicas, impedindo-se que a liberdade concorrencial transforme-se em deslealdade, falta de correção, em abuso de poder econômico (Nosso, *Direito penal aplicado*, Ed. RT, 1990, p. 121).

Segundo Roger le Moal. "Plus communément encore, la concurrence est une situation de rivalité, de lutte, de conflit e toujours d'antagonisme". (*Droit du concurrence, Introduction*, 1979, p. 2).

E essa rivalidade se estabelece precisamente porque sobre o mesmo mercado há oferta de bens e serviços semelhantes ou análogos da parte de vários operadores econômicos. (Cf. Francesco Ferrara, "Tutela de la libertà de la concorrenza nel diritto italiano", na coletânea *La libertà de concorrenza*, Milão, 1970, p. 17).

Há necessidade, por isso, do estabelecimento de regras claras e precisas de comportamento dos denominados operadores econômicos em sua atividade empresarial de conquista de mercado, até para que haja a adequada proteção do direito ao sadio e correto consumo.

O direito de concorrência tem por objeto, portanto, a atividade econômica, regulando a ação dos atores da economia em usar o livre mercado e visa "maintenir este un consommateur qui achète et un producteur dont la raison d'être est de vendre, un état de fait

propre à sauvegarder la sécurité et les intérêts légitimes du premier, sans décourager l'esprit d'entreprise et le dynamisme du second" (Claude Lebel, *Pratiques restrictives de concurrence en droit français* Paris, 1972, p. 5).

Livre concorrência é concorrência realizada debaixo da obediência à lei e de observância estrita da ética da competição, numa atividade econômica pautada no respeito à livre iniciativa e aos direitos dos consumidores.

O bem jurídico livre concorrência foi consagrado na Lei Maior, constituindo-se o que Luiz Luisi denominou de indicação constitucional criminalizadora (*Princípios constitucionais penais*, Fabris, 1991, pp. 41 ss.).

O legislador constituinte, dada a gravidade e relevância do bem jurídico, consagra-o constitucionalmente, sinalizando a necessidade de sua tutela jurídica, que deverá ser feita pelo instrumental de maior coerção: o direito penal.

2. A concorrência desleal e o processo de tipificação

Na construção dos modelos jurídico-penais, o legislador parte do conceito de bem jurídico como merecedor da tutela penal.

A seguir, por meio do processo de abstração e generalização, recorta da realidade da conduta humana aqueles dados invariáveis constantes no comportamento violador da integridade ou da segurança do bem jurídico, posto em proteção.

Identificado o bem jurídico merecedor de tutela e determinados os meios e modos de comportamento humano que o afligem, constrói o legislador o modelo jurídico-penal, o denominado tipo penal, com a descrição da conduta proibida.

O crime de concorrência desleal visa à proteção da livre concorrência, ou seja, da honestidade da competição, para que a rivalidade desenvolva-se corretamente, lealmente, em favor dos

interesses dos concorrentes e dos próprios consumidores, de modo que a ordem econômica se desenvolva dentro das naturais expectativas de eficiência, qualidade e preço, (Cf, *Direito penal aplicado*, Ed. RT, 1990, p. 120). Estabelece-se no espírito dos que concorrem a expectativa de que cada qual saiba e respeite os limites que permitam a realização de uma disputa correta. Há, portanto, um direito de exigir o cumprimento do dever por parte do concorrente no sentido de uma ação de conquista de mercado regulada pela honestidade, isto é, sem buscar proveito em práticas desleais que levem o consumidor à confusão.

Essas expectativas com relação ao outro, que disputa o mercado, é claramente assinalada por Roberto Roveli. "La situazione giuridicamente protetta (contro i fatti lesivi, e, nella fattispecie in esame, contro i fatti idonei a produrre danno) non si riferisce cioè ad un diritto sulla propria clientela o sulla propria azienda, ma ad un diritto ad un determinato comportamento altrui; il soggetto passivo della concorrenza sleale è cioè tutelato in un suo diritto alla lealtà da parte dei concorrenti" (*La concorrenza sleale*, Torinese, 1967, p. 6).

A livre concorrência não é sinônimo de menor proteção dos concorrentes. Pelo contrário, significa sim efetivo controle para que a deslealdade não venha marcar o natural confronto entre produtores de uma mesma mercadoria.

Sem este controle e sem estes limites, a livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica constitucional, deixa de ser exatamente livre para transformar-se em desleal, razão por que, para preservação do próprio princípio, deve haver rigor na defesa dos concorrentes e dos consumidores. Dessa maneira evita-se que a licença de concorrer se confunda com licenciosidade.

Dai assinalar Celso Delmanto ser o bem jurídico tutelado em todos os de-

litos de concorrência desleal a liberdade de competir, protegida da utilização de meios ou métodos desleais. (*Crimes de concorrência desleal*, Bushatsky, p. 19).

Para Lorenzo Biglia, "La disciplina della concorrenza sleale in realtà assicura semplicemente il rispetto delle regole della gara, contribuendo a eliminare i più grossi difetti della libera concorrenza, proprio nell'interesse del funzionamento del meccanismo concorrenziale". (*Diritti relativi e concorrenza sleale*, Giuffrè, 1983, p. 5).

E segundo Vito Mangini, "la finalità principale delle norme repressive della concorrenza sleale si resolve nel garantire il funzionamento di un certo schema economico e il rinvio legislativo alla correttezza professionale è intenso, consequentemente, sotto il medesimo profilo funzionale di assicurare il funzionamento della forma economica del mercato concorrenziale" (*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico ell'economia*, v. 5º).

Identificado o objeto de tutela jurídica, surge clara a dupla proteção penal: livre e honesta liberdade de competir, e o direito ao correto consumo.

Como já assinalamos em trabalho anterior, a prática da concorrência desleal causa obviamente dano ou perigo de dano patrimonial ao concorrente, mas também, igualmente há uma desvirtuação da livre iniciativa que lesa o interesse difuso dos consumidores ("Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro", in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Ed. Forense, 33/164, 1982).

Trata-se de delito pluriofensivo, com dois objetos de tutela: diretamente a livre e honesta competição para conquista de mercado em benefício dos concorrentes, e secundariamente os consumidores, quanto à correta e adequada escolha, para consumo, de bens e serviços.

3. O meio fraudulento

O engodo, a *mise-en-scene*, a simulação e a dissimulação constituem a modalidade especial da ação que caracteriza a prática dessa infração penal.

A concorrência estabelece-se, e por isso, é desleal, com a utilização de artimanhas fraudulentas que têm por objetivo aproveitar todo o esforço feito pelo concorrente na abertura e conquista de mercado, bem como no expediente de trazer confusão de nome comercial, de marca distintiva de produto ou serviço, de sinais figurativos que induzam a clientela ou o consumidor a ter por original produto do concorrente mal intencionado.

A fraude, segundo Cortese, “é o processo psíquico de dissimulações adotado como meio para alcançar um fim que é o erro de outrem” (*La struttura della truffa*, Nápoles, 1968, p. 22).

Como assinala Magalhães Noronha, “O meio interdito é o fraudulento, expressão ampla que abrange os diversos expedientes ilícitos de que a imaginação ou o engenho humano é capaz” (Verbete “concorrência desleal”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 17/217).

Não é necessário que o meio fraudulento logre o efetivo engano, mas suficiente que tenha a potencialidade de causar erro, sendo “apta a enganar e o surpreender a boa-fé de outrem” (Cf. Mancini *La truffa*, Turim, 1930, p. 75).

No delito de concorrência desleal fratura-se o direito do concorrente a uma limpa disputa de mercado com o reconhecimento e prêmios próprios da eficiência do industrial ou do comerciante. A fraude do inescrupuloso vai dirigir-se aos consumidores procurando fruir destes, pelo consumo equivocado, o esforço alheio.

Na tutela da concorrência, ao se coibir a fraude, não há uma limitação propriamente da concorrência, mas um seu necessário complemento. Lembra

Ghidini, citando Ascarelli, que: “La disciplina della concorrenza sleale non costituisce pertanto una limitazione della concorrenza ma il suo necessario complemento, chè se, ad esempio, fossero leciti atti di confusione, la concorrenza svolta tra più imprenditori finirebbe per no avere più senso, inquanto l’attività dell’uno potrebbe essere attribuita all’altro e perciò il premio (e cioè la maggiore richiesta di prodotti) spettante all’uno potrebbe andare all’altro. Verrebbe allora tradita quella tutela del consumatore con la quale si coordina il principio della libera concorrenza, perchè, leciti che fossero gli atti di confusione, il consumatore finirebbe per essere indotto a comprare il prodotto B..., attirato dall’eccellenza della qualità del prodotto A; tradito il diritto di ogni imprenditore di ricevere quel premio della propria attività che la libera concorrenza vuole assicurargli”. (verbete “Monopolio e concorrenza”, in *Enciclopédia del diritto*, vol. XXVI/818, nota de rodapé n. 217, Giuffrè).

Tanto mais formidável a fraude, produtora do engano, quanto os consumidores se encontram em desvantagem, “tornando-se aconselhável que os poderes públicos tomem medidas para um maior equilíbrio entre as posições da procura e da oferta no mercado de bens de consumo”. (Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, 1982, p. 223).

Adverte Ferreira de Almeida que todos os consumidores, inclusive as pessoas jurídicas, são consideradas *contraentes débeis*. (Cf. op. cit., p. 226).

Na época moderna o consumidor é bem mais suscetível ao engano e à fraude.

O consumo em geral é determinado por premências artificialmente criadas pelos meios de comunicação, de satisfação necessariamente imediata, segundo os modelos e procedência de bens

figurados pela mídia. Na sociedade de consumo, o homem torna-se frenético e irrefletido consumidor, com critérios de eleição de bens ditados pelos meios de comunicação, segundo o esforço publicitário do *emprenditore*. O consumo se torna ato que não passa necessariamente pelos canais da consciência, mas determinados muita vez pelo inconsciente, pelas imagens figurativas, pelas idéias anteriores do produto.

Como observa Brito Filomeno, “o homem consumidor torna-se o protótipo do indivíduo-autômato condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista e eis que fundada na inexorável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde a até criar, muitas vezes, necessidades artificiais”. (*Manual de direitos do consumidor*, Atlas, 1991, p. 25).

Dessa maneira, o consumidor sucumbe às solicitações da publicidade aliciante, estando sempre de acordo, “a fim de que não se rompa o próprio consenso imposto, bem como alienar-se ante a apologia da sociedade de consumo” (op. cit., loc. cit.). Não é por outra razão, senão pelo engano a que o consumidor pode ser levado ao atender às solicitações de consumo, que Casanova distingue os atos de concorrência desleal: “sendo che conducano ad alterare illegittimamente gli elementi di scelta e di giudizio del pubblico sulle imprese in concorrenza (es.: concorrenza per confusione concorrenza per denigrazione, réclame menzognera, ecc)”. (*Novissimo digesto italiano*, UTET, t. III, p. 996, verbete “Concorrenza”)

Especialmente com referência a produtos do mesmo gênero, destinados ao mesmo público, é da maior relevância o alerta deixado por François Besse,

segundo quem: “Lorsque le dernier acquéreur est le public, on ne peut attendre de celui-ci qu’il prête une attention particulière à la différence existant entre les deux marques; c’est pourquoi l’appréhension du risque de confusion se fere d’après les ressemblances et non d’après les différences. Pour déterminer l’impression d’ensemble de la marque, il convient de tenir compte non seulement des éléments protégés, mais également des éléments livres; toutefois, si l’analogie n’est due qu’à ces derniers, on ne peut retenir de risque de confusion. Ces principes s’appliquent tant aux marques verbales qu’aux marques figuratives”. (*La répression pénale de la contrefaçon en droit suisse*, Droz, 1990, p. 156).

A jurisprudência italiana é firme na proteção da concorrência segundo modelo de lisura e transparência, incriminando toda conduta que maliciosamente induza a erro o consumidor, pela confusão de nome, marca ou insígnia.

Assim, o Tribunal de Milão decidiu que: “può esservi confondibilità solo se il marchio viene usato per prodotti affini a quelli che il titolare tratta, o che comunque il pubblico potrebbe erroneamente attribuirgli”. (Trib. Milano, 8.2.79, Giur. Ann. Dir. Ind. 1979, n. 1165, cit. por Ghidini e Hassan no *Diritto industriale*, IPSOA, 1984, p. 451).

A conduta delituosa do delito de concorrência desleal, conforme posto pela Corte de Cassação Italiana, é “un’azione a carattere personale, tendente a reprimere gli atti de scorrettezza professionale idonei a creare confusione con i prodotti o con l’attività di un concorrente”. (Cass. 29.7.63, n. 2130, *Giust. Civ* 1963, I, 2004, in op. cit., p. 452).

O legislador, nos delitos de concorrência desleal, dado o meio fraudulento empregado, potencialmente dirigido ao resultado delituoso, antecipa a tutela jurídica para momento anterior ao do

efetivo dano. O modelo jurídico da concorrência desleal vem construído na forma de delito de perigo, em que suficiente a conduta descrita no tipo para que o crime se aperfeiçoe.

No direito suíço, por exemplo, como assinala Besse, não é necessário o efetivo engano ou o prejuízo: "Comme nous l'avons déjà laissé entendre, il n'est pas nécessaire que la tromperie se soit effectivement produite. Un simple risque suffit" (op. cit., p. 155).

Na doutrina brasileira, Nelson Hungria ensina que: "O crime se consuma com o emprego do meio fraudulento, ocorra, ou não, efetivamente, o desvio da clientela (posto que idôneo o meio empregado). O dolo especifica-se pelo "animus lucri faciendi" (fim de proveito próprio ou de outrem)". (*Comentários ao Código Penal*, VII/383, Ed. Forense, 1980, p. 383).

O mesmo ensinamento se colhe de Magalhães Noronha, para quem "verifica-se não ser necessário que o desvio se realize ou efetive. A lei antecipa-se: pune o emprego do ardil ou do enlço para desviar clientela de terceiro. Com a manobra fraudulenta, que visa a proveito próprio ou de outrem, o crime se completa". (op. cit., loc. cit.).

Houve no caso em tela a utilização de meio fraudulento, como adiante será frisado, com a capacidade de cooptar a clientela da consulente.

4. A hipótese trazida pela consulente

Trata-se a consulente de antiga produtora de sucos em grânulos sólidos, para dissolução em água, sendo pioneira nesse ramo industrial e comercial.

Sua atividade no mercado específico de suco vem, desde longa data, ganhando a confiança e apreciação do público consumidor vista a excelência de seus produtos, os preços interessantes e acessíveis, e a imagem que imprimiu no

mercado mercê de um envolvente e sério trabalho de *marketing*.

O desenvolvimento do produto, a escolha do formato, tamanho, cor, desenho, apresentação da embalagem, a forma e a alocação de dizeres, a imagem figurativa como um todo são resultado de um esforço mercadológico que levou em consideração a identificação e particularidade do produto e a peculiaridade do público consumidor, em geral crianças e pessoas de menor poder aquisitivo.

A interação produto-consumidor é extremamente importante no exame e avaliação da confundibilidade, pois a potencialidade de confusão deverá ser examinada no caso concreto, ao efetivo destinatário do produto: crianças e pessoas de menor renda, dado o preço acessível.

Essa a reflexão operada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Na doutrina, Rovelli acentua que a confundibilidade deve ser analisada numa visão compreensiva do conjunto do produto "avuto riguardo al normale pubblico di acquirenti di quel prodotto" (op. cit., p. 58).

Por outro lado, as pessoas de menor renda são bem mais suscetíveis de serem vítimas da confusão. Por isso mesmo o direito do consumidor consagra o inafastável direito à informação, para proteção daqueles hipossuficientes, de menor formação e informação, de menor poder de reflexão e crítica no momento de consumo. Daí ressaltar Carlos Ferreira de Almeida inexistir uma homogeneidade de consumidores, pois: "os votos de compra não são iguais para todos, chegando-se ao paradoxo de serem as pessoas de menor rendimento aquelas que estão tendencialmente sujeitas a pagar preços mais elevados por idênticos bens ou serviços" (op. cit., p. 205).

Da rica jurisprudência italiana, colhe-se rememorando, esta decisão do Tribunal de Milão, no sentido de que "la confondibilità dipende dalla maggiore ou minore competenza del público cui

i prodotti sono destinati" (Ghidini, *Diritto industriale*, cit., p. 451).

A aproximação do público consumidor dos produtos a serem consumidos está condicionada, portanto, pelo conjunto de impressões visuais, que, de forma imediata, faz a ligação com o conteúdo gustativo e satisfativo do suco.

Prepondera, portanto, a imagem figurativa do produto, que a ele se fixa indissolivelmente.

Nesse sentido, alertando para a confusão que mais facilmente se estabelece pela imagem figurativa até mesmo sobre a verbal, Besse assinala que: "une marque présente les deux caractères à la foi, ce sont généralement les éléments figuratifs que son prépondérants: les mots restent souvent moins bien dans la mémoire de l'acheteur moyen que les figures" (op. cit., p. 156).

A empresa entendeu de entrar no mercado de sucos, precisamente depois de enriquecida em 1990 em seus quadros por ex-funcionário da consulente, pessoa altamente qualificada que ocupava sua gerência de *marketing* e que acompanhou todo o processo de criação e desenvolvimento do produto e sua apresentação.

Preferiu justamente o segmento dos sucos em pó, reservando ao ex-funcionário da consulente o sugestivo cargo de Diretor Comercial e de Marketing.

Lançou imediatamente no mercado o suco em pó, nos exatos sabores explorados pela consulente. Utilizou-se de embalagens semelhantes pelo formato, tamanho e principalmente pela tonalidade específica de cor correspondente aos diversos sabores. Valeu-se de imagens semelhantes de identificação, destacando-se uma garrafa de suco idêntica na cor e reflexos, com conteúdo do produto acrescido de gelo, que faz o continente suar, e que se destaca pelo tamanho, pois ocupa mais de metade da frente da embalagem. Reproduziu servilmente os dizeres no rótulo de envelope, alocando-

os de forma muito idêntica no corpo do invólucro, na frente e no verso. Empregou elementos lúdicos tanto na frente quanto no verso das embalagens, dispostos de forma absolutamente semelhantes, como forma chamativa do público consumidor específico, sabidamente as crianças.

O nome escolhido para o produto desleal insere-se na engenhosa malícia de lançamento e cooptação de mercado, mediante o expediente da confusão.

"Brin-Q", com o "Q" destacado do nome do produto, semelhante ao da consulente, forma uma composição idêntica ao nome do produto questionado. Note-se que o nominativo "Brin-Q" liga-se a especificação com destaque de "Refresco" colocada logo abaixo. De tal sorte que a leitura rápida e induzida do produto será "Brin-Q Refresco", o que confirma a intencional confusão que se pretende instalar no consumidor.

A confundibilidade, portanto, brota evidente como ressaltaram os peritos no exame de corpo de delito: "Pelo exame dos produtos objeto da presente medida, entendem os peritos que as embalagens foram imitadas por parte da requerida da fabricada pela autoria, no seu aspecto geral, tais como, disposição gráfica, cores, tamanho, formato, desenhos e especificações".

Por essa razão que ao responder ao 5º quesito concluíram os peritos poder ser gerada confusão nos consumidores, alertando, na linha de ensinamento de Celso Delmanto, que se deve ter em mira a impressão geral que o produto dá ao adquirente e, com base nela, aferir-se a probabilidade de confusão de fato entre os produtos, olhando-se o aspecto geral de conjunto e não suas particularidades separadas, menosprezando os elementos secundários desprovidos de caráter individualizante.

Por isso, a jurisprudência italiana já citada, e que vale a pena repetir, afirma que a concorrência e a fraude devem ser avaliadas "attraverso un esame

sintetico del segno, essendo irrilevanti le sua componenti secondarie”.

A identidade de produtos há de ser avaliada não propriamente em face de diferenças menores existentes, mas diante das semelhanças. Bem adverte Besse que: “Il appréciation du risque de confusion se fera d’après les ressemblances et non d’après les différences” (op. cit., p. 156).

Esse o cuidado do laudo de exame de corpo de delito, que confirmou a materialidade da infração criminal após o exame técnico: “Pelo exame pode-se notar que as embalagens têm aspectos idênticos entre si como, tamanho, formato e maneira de apresentação. Examinando-se os produtos, um ao lado do outro, atentamente, com espírito prevenido, é evidente que diferenças são notadas. Entretanto, é fora de dúvida que sendo olhados isoladamente, desprevenidamente, as distinções desaparecerão. Assim existe similitude entre os produtos”.

Ainda mais o produto da natureza do suco em pó, que não excita e nem exige demorada reflexão para o consumo, que se faz automático pela recorrência do subconsciente à marca, à imagem figurativa do produto anteriormente conhecido.

As diferenças menores na apresentação como por exemplo a pequena distinção da letra “Q”, é absolutamente desprezível no sentido de fazer com que o consumidor comum, o contraente débil, a mãe ou a criança no azáfama das compras em supermercado, possam distinguir com olhos de especialista um produto do outro.

De outro lado, é ingênuo imaginar que quem imita o fizesse de forma absolutamente servil, e não procurasse, de antemão, deixar detalhes diversos para de forma pífia talvez tentar confundir o próprio Juízo.

O crime está consumado com a imitação, que gera confusão, com prejuízo para a empresa consulente, tradicional no

ramo, cujos investimentos para produção dessas embalagens e de sua apresentação foram vultosos, e custosa a confiança adquirida no mercado.

O costume na aquisição do consagrado produto “Q-Refresco” facilitava, pelas semelhanças de apresentação do produto da concorrente desleal, que inadvertidamente o consumidor, mormente o consumidor deste tipo de mercadoria, tomasse “gato por lebre”. O risco de confusão brota patente, não havendo o exame frio de detalhes, por especialistas, que possa desfazer o dado fático inafastável da potencialidade de engano criado pelo conjunto constituído para: formato, tamanho e coloração da embalagem; imagem da jarra; dizeres na frente e no verso; sonoridade do nome; figuras e sua idêntica disposição; dosagem e forma de preparo.

Todos estes aspectos unem-se à circunstância já assinalada da maior suscetibilidade à confusão do consumidor no caso em tela: a pressa de aquisição própria do torvelinho da vida contemporânea, com relação a um produto de uso diário, em grande parte por meio de crianças e de pessoas de menor renda, isto é, de menor informação e pouca educação, muitas vezes analfabeta, em geral desatenta para uma escolha discernida, quando os dados figurativos constituem uma imitação.

Tenha-se em mente por final, como bem ressalta Magalhães Noronha: “Não ser necessário que o desvio se realize ou se efetive. A lei antecipa-se: pune o emprego do artil ou do enlço para desviar a clientela de terceiro. Com a manobra fraudulenta, que visa a proveito próprio ou de outrem o crime se completa”. (*Direito Penal*, 3/38, Ed. Saraiva, 18ª ed. 1986).

Insofismável a caracterização, destarte, do crime de Desvio de Clientela, por parte dos responsáveis pela empresa.

5. Uso de segredo

Em razão de seu ofício, enquanto gerente de *Marketing* da Consulente, L., participou ativamente dos trabalhos de “preparo dos novos *lay-outs*, *displays*, desenhos, artefinais das atuais embalagens dos famosos produtos da consulente, acompanhando todo o levantamento e estudo realizado pela agência de publicidade ADAG”.

Estes estudos de *marketing* constituem hoje ponto basilar da estratégia de venda de uma empresa, e não são passíveis de registro, vindo a ser a arma mais eficiente de conquista de mercado, a ser preservada sob sigilo.

Segredos comerciais são também, para Pascual di Guglielmo, citado por Celso Delmanto, “os relativos à organização da empresa, tais como planos de desenvolvimento, estatísticas, nome de clientes” (op. cit. p. 237).

Delmanto, por sua vez, (op. cit. p. 241) destaca integrarem a lista de segredos “os planos de venda, os projetos de modificações, os estudos para concorrência...”

A passagem do gerente de *marketing* da Consulente para o cargo de Diretor de *marketing* da empresa A, que antes de sua vinda jamais produzira suco em pó, dedicando-se apenas ao ramo alimentício, mostra como os segredos da área de *marketing*, adquiridos no exercício do ofício na consulente, foram indevidamente transferidos, levando a nova empregadora a avançar em área desconhecida, mas valendo-se de todo o esforço e pesquisa realizados pela antiga empresa à qual prestava serviços L.

É mister recorrer, novamente, ao ensinamento de Magalhães Noronha, ao destacar que o conhecimento do segredo advém: “ou de revelação feita em confiança ao empregado, ou que este tome conhecimento dele em razão do serviço” (verbete na *Enciclopédia Saraiva*, cit. p. 222).

Há, portanto, configuração do delito previsto no n. XII, do art. 178, da Lei 7.903/45, em vigor *ex vi* do art. 128 do CPI, por parte do Diretor de *Marketing* firma A.

É o meu parecer,
s.m.j.

DOUTRINA NACIONAL

O ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS E CIVIS

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O erro, que no vernáculo possui larga sinonímia (falta, falha, engano, desacerto, equívoco, desvio, incorreção, inexatidão, entre outros significados) mais, muito mais do que uma contingência é uma constante na vida humana.

A toda hora, a todo minuto, a todo instante, diuturnamente, constantemente, alguém está cometendo erro, provocado por sem número de motivos, de atos impensados, de impulsos imponderáveis e inimagináveis, procurando, desejando embora, agir com acerto e perfeição.

O erro, como o acaso, está sempre intervindo nos acontecimentos humanos, na vida dos indivíduos e dos povos. Batalhas decisivas, no curso da história, foram perdidas por erros dos generais e estadistas famosos. O êxito ou o malogro, notadamente na vida de um homem, dependem, em grande parte, desse *croupier* estrábico e surdo, alheio a qualquer critério de justiça ou de equidade, a distribuir indiferentemente as cartas na vasta mesa verde do mundo. De tal modo interfere ele no curso da vida humana, que desta se pode dizer que é uma álea constante, um incessante risco de episódios inopinados, uma sequência de causas que conspiram e operam a coberto de diagnósticos e prognósticos. Surge, a cada passo, do misterioso fundo das coisas e dos fatos. A vida mais rigorosamente “planificada” não consegue eliminá-lo. Está sempre, e sempre, à nossa espera, insuspeitadamente, em todas as esquinas, em

todas as encruzilhadas, em todas as moitas que beiram o caminho da vida. Não há como evitar suas tocaias e alçapões, porque desafia todas as tábuas e todos os planos de prevenção. É uma invariável independente que se compraz em provocar e alterar os mais seguros cálculos de probabilidades. A obra do erro, tal qual a do seu irmão gêmeo acaso, é um dado que se insere arbitrariamente nas coisas terrenas como que para atestar a contingência a que está escravizado o ser humano.

Nos fatos triviais da vida cotidiana, nos negócios, na política, na guerra, nos desportos, nos casamentos, no trânsito, nas pesquisas de laboratório, na ciência aplicada, na execução artística, no tratamento dos enfermos, nas operações cirúrgicas, no julgamento dos tribunais, em todos os setores, enfim, da atividade humana está presente com sua influência, quase sempre maléfica e no mais das vezes decisiva.

A explicá-lo, tentar explicá-lo e compreendê-lo, ao menos, há um *quid*, arbitrário e inescrutável, a decidir o destino de cada homem e o espírito humano, como não percebe, nem pode perceber, o complexo de combinações causais que convergem para o advento dos “erros” incompreensíveis, que considera iníquos, procura relacioná-los aos impenetráveis desígnios do Pai Eterno, que há de tudo explicar, por certo, na hora do Juízo Final...

Todos erram, animados embora do firme propósito de acertar, de proceder

corretamente, resumindo a sabedoria latina: *Errare humanum est*.

Erra o juiz que, por precipitado ou descuidado exame da prova dos autos, condena um inocente; erra o engenheiro que, desatencioso, elabora cálculos incompatíveis e provoca desabamento, com vítimas fatais; como aconteceu recentemente, erra o piloto da aeronave que, não obstante perito, conforme comprovou no pouso forçado, elabora equivocado plano de vôo e, por isso, se encontra na inarredável e incontornável contingência de aterrissar em plena selva, em condições adversas, ceifando vidas e provocando aleijões.

Esta, dolorosa recordação de fato que abalou profundamente a sociedade e os exemplos primeiro citados retratam o típico erro profissional, tema central de nosso trabalho, pois, profissional como os referidos, o médico está igualmente sujeito ao erro no exercício de sua nobre e edificante profissão.

E não vacilo ao afirmar que a medicina é, a meu ver, dentre todas, sem dúvida alguma, a mais sujeita e mais atingida pelas artimanhas desse duende caprichoso e travesso, que é o erro profissional, indesejado, abominado, execrado, mas sempre manifestamente presente no exercício da dignificante missão de curar. A mais visada, ao menos, pela opinião pública e pela maldade inata da sociedade que não perdoa qualquer falta ou falha de quem é incumbido da salvaguarda de seus mais caros e preciosos bens: a saúde, a vida e a dignidade humana.

É, pois, do médico na Justiça que devo falar, enfocando o erro médico perante os tribunais.

Cumprе salientar, de pronto, que a presença do médico, mais freqüentemente do cirurgião, na Justiça, sejam como acusado nos juízos e tribunais criminais, seja como réu, em causas cíveis, é coisa muito recente e de pouca ou quase nenhuma ressonância na so-

ciedade antes dos dourados anos cinquenta.

Até então, todo aquele que exercia a medicina era, sob esse aspecto, um quase privilegiado, um verdadeiro intocável.

E não apenas no Brasil, cabendo aqui a citação do Prof. Agustin Jorge Barreiro, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, quando diz: "Es evidente que nuestros contemporáneos han abandonado com carácter general la tradicional actitud de resignación ante el hecho de los errores e imprudenciales que puedan cometer los médicos. El fracasso del cirujano se considera como signo de incompetencia. En la actualidad y con respecto a España puede decirse que los vaticinios del doctor Marañón se van cumpliendo. El afamado médico español escribía, en 1.943, lo seguinte: "La vida moderna va penetrando basta en los sectores más inexpugnables de la psicología y de las costumbres hispanicas: una manifestación de esa penetración es el que comiense a exigirse responsabilidades profesionales a nuestros médicos. Salvo casos excepcionales la exigencia de responsabilidades a un médico por prejuicios derivados de una asistencia incorreta era, hasta no hace mucho, cosa de otros países. En España se apretaba mucho en el aspecto de responsabilidad moral pero a nadie se le ocurría pedir cuentas al galeno porque su receta o su golpe de bisturí no hubieran estado inspirados en el acierto" (G. Marañón — *La responsabilidad profesional del médico*, 1944, p. 9). Sin embargo, como destaca cierto sector doctrinal de nuestro país (J. M. Martinez-Pereda Rodriguez, *La imprudencia punible en el profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1985, p. 17) "el castigo penal de las conductas médicas claramente imprudentes y con relevantes resultados lesivos es algo relativamente reciente". Puede afirmarse, de

acordo com certo sector de nuestra doctrina penal que la Jurisprudencia española (Tribunal Supremo) sobre la responsabilidad criminal del médico es tan escassa que no cabe hablar de una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de esta materia. Las razones que permitan explicar esta situación pueden encontrarse en: el elevado numero de cifra negra e criminalidad oculta; la consideración que la Medicina no es una ciencia exacta y de que no todo resultado desfavorable de un tratamiento médico ha de ser imputado ao profesional de la Medicina y las dificultades probatorias que se acrecientan con “el espíritu indiscriminado de protección al colega”, mas conocido como “el espíritu corporativista de la classe médica”.

Ainda na Espanha, em janeiro deste ano, sabedor já de que fora convidado para, honrosamente, participar deste encontro, ouvi, com muita atenção, conferência do Juiz Jacob Quiroga, na Faculdade Complutense de Madri, sob o tema “Imprudência Médica”, que para eles engloba imperícia e negligência, caracterizando esta, mero reflexo daquela.

Anotei, em português, aqueles que me pareceram os principais tópicos do alongado, mas esplêndido pronunciamento do jovem magistrado e professor e que vão, a seguir, resumidamente expostos: 1. o paciente dever ser sempre informado de todo e qualquer risco e estar de acordo com ele (teoria do consentimento informado). O consentimento, sempre que possível, tem que ser pessoal (princípio da autodeterminação, não valendo consentimento do cônjuge), salvo nos casos de manifesta urgência, situação em que vale, então, o estado de necessidade geral (Jurisprudência do Tribunal Supremo). O conferencista falou, aqui, em consentimento presumido; 2. Durante anos e anos ocorreu a impunidade total dos médicos na Espa-

nha (esclareço que a palestra focalizou apenas o aspecto criminal do tema); a primeira sentença condenatória data de 1975 e desse ano até 1989 ocorreram, no país, apenas outras 57 decisões de condenação contra médicos; a imprudência desses foi sempre muito tolerada mas, hoje em dia, a situação é totalmente diversa; os médicos, de um modo geral, são prudentes, extremamente prudentes, mas existem gravíssimos casos de imprudência, negligência ou imperícia, estes, sem qualquer sombra de dúvida, os mais sérios, censuráveis e reprováveis; 3. Para caracterização de um delito culposos se faz necessário: o desvalor da ação, consistente na infração de um dever objetivo de cuidado. O Código de Conduta dos Médicos (*lex artis*) constitui o ponto de partida — e só isso — para a caracterização da culpa; quando o médico observa o código, não há que se falar em culpa; quando não o observa, deve-se distinguir cada conduta, pois nem tudo que é feito fora dele caracteriza culpa; o médico deve estar consciente de sua capacidade profissional — não deve se arriscar; deve atuar exclusivamente dentro de sua competência profissional, ressaltados os casos de absoluta necessidade; quanto à relação de causalidade, vale a teoria da imputação objetiva; a imprudência (culpa em todas as suas modalidades) pode ser temerária ou simples; 4. Quanto ao discutido problema da equipe médica não é possível a responsabilidade penal em bloco (por força do princípio da culpabilidade, deve-se individualizar a culpa de cada um que participa do delito culposos); vigora o princípio da divisão do trabalho; na divisão horizontal (que ocorre entre colegas em situação de igualdade, sem hierarquia — médico e anestesista, p. ex.) vale o princípio da confiança, cada um confiando que o outro atue corretamente e cada um tornando-se individualmente responsável pela sua

parcela de culpa; na divisão vertical (que ocorre quando há subordinação, relação hierárquica) o médico chefe tem o dever de vigilância e pode responder por culpa se não vigilou corretamente seu subordinado; só uma excepcional e imprevisível atuação do subordinado está fora de sua responsabilidade e vigilância; 5. Quando o médico trabalha para o hospital, surge este como responsável civil (a responsabilidade civil é determinada na própria sentença criminal); 6. Nos casos como os das Testemunhas de Jeová (que não admitem transfusão de sangue) tem ocorrido autorizações judiciais; o Tribunal Superior sempre admitiu intervenção médica, nesses casos, com apoio no estado de necessidade (o perigo de transfusão forçada, nos dias que correm, é principalmente representado pela AIDS e pela incompatibilidade sanguínea, que podem levar à morte, a curto, médio ou longo prazo); quando a pessoa que se recusa a fazer transfusão de sangue — por suas convicções particulares, religiosas ou não — é maior e capaz, o melhor, consignou o orador — é respeitar a sua vontade, até porque, na legislação espanhola, assim como na nossa, a tentativa de suicídio, ainda que traumatizante e com profundas seqüelas físicas, não é punida, em atenção ao princípio da autodeterminação (não se obrigar alguém a fazer algo que absolutamente não quer); na hipótese inexistente qualquer responsabilidade do médico que o respeitou; para o Tribunal Supremo Espanhol não importam quantos sejam os resultados produzidos no crime culposos: é sempre uno quando derivado de uma só conduta (matar ou ferir um, dois, três, ou quantos mais, é sempre crime único); já na doutrina a solução é distinta, pois, sustentam os juristas a ocorrência do concurso formal de infrações em havendo pluralidade de vítimas; 7. O Tribunal Supremo diz que o erro de diagnóstico não enseja puni-

ção penal salvo quando absurdamente grosseiro.

Retornemos ao Brasil.

Aqui, como lá, a quase intocabilidade do médico em relação ao erro praticado no exercício da profissão, com o correr do tempo e o contínuo progredir da ciência médica, foi sendo, pouco a pouco, paulatinamente, cada vez mais, substituído por uma tomada de posição, no sentido inverso, de chamamento à Justiça para responder, civil e criminalmente, pelos seus atos.

A presença dos médicos nos pretórios vai se acentuando dia a dia, principalmente no foro cível, como réus em ações de indenização por dano ilícito, decorrente de mau desempenho funcional.

E eles próprios se interessam, vivamente, pelo questionamento de seus atos, visando não só a redução do erro, mas também o aprimoramento técnico e a melhoria dos serviços médicos, com necessária e indispensável punição, se criminosa a falta, e criteriosa indenização pelos danos resultantes de erros, palpáveis e manifestos, dos colegas reconhecidamente incompetentes. Não seria exagero dizer que toda a classe se sentiria satisfeita e feliz, exultante mesmo, com o afastamento e banimento desses maus colegas que a comprometem muito, pois, como salientava Dupin, “cada profissão encerra em seu seio homens dos quais ela se orgulha e outros os quais ela renega”.

Há, pois, geral interesse em punir os faltosos, injustificáveis e primários, e indenizar incautas vítimas de seus erros imperdoáveis, através da aferição de suas responsabilidades pelos danos causados à sociedade, em geral, e a seus pacientes, em particular, pesquisando-se o grau de suas culpas fundamento jurídico de responsabilidade penal médica.

E, tratando-se de erro, há que se

cuidar, neste trabalho, apenas e tão-somente da *culpa strictu sensu*, decorrente da imprevisibilidade de consequências danosas em situações e momentos em que seguramente previsíveis.

Não há, pois, que se cogitar de dolo, somente reconhecível quando o agente quis o resultado ou, prevendo-o, assumiu o risco de produzi-lo. O dolo, sempre que presente em qualquer resultado danoso, querido ou admitido, ao contrário do erro, em que nunca desejado e jamais cogitado, configurará sempre manifesto acerto na execução de malévola e perversa intenção criminosa.

Falar-se-á, aqui e agora, apenas de culpa, estrito senso, com ligeiras alusões e referências a dolo somente quando necessárias à exposição, como nesta obrigatória diferenciação entre culpa consciente, grau máximo da culpa, e dolo eventual, limite inferior na graduação do dolo, muitas vezes confundidos e tomados como exemplo um do outro. Presente em ambos a previsão do mal, mas inteiramente ausente na primeira, apesar daquela antevisão de possibilidade, a adesão ao resultado, totalmente eliminado da vontade do agente. Na culpa consciente ele se conduz de molde a produzir o resultado, que anteviu possível, mas jamais admite sua efetivação, cuidadoso de que em hipótese alguma ocorrerá. Sua forma mais típica e característica é o excesso de confiança e exemplos clássicos, sempre lembrados, são o do lançador de facas, que, com aguçados punhais, arremessados à distância, contorna rente o corpo de outra pessoa, comumente a própria companheira, do chicoteador de circo, que, com seu vulnerante chicote, instrumento de trabalho profissional, corta cerce cigarros na boca de outra pessoa, no mais das vezes, também a mulher amada; do médico que, excessivamente confiante no talento inegável e na exímia perícia, executa perigosa cirurgia,

desprezando cuidados e detalhes técnicos preliminares, conforme observou o já citado Agustin Jorge Barreiro, em *La Imprudencia Punible en la Actividad Médico-Quirúrgica*: “Nos es infrecuente que el facultativo abuse e confíe en exceso en el llamado ojo clínico, que es un don intuitivo de imposible valoración, y que en ocasiones puede provocar temeridad, quando se pôde en tal facultad una ciega confianza prescindiendo de comprobaciones objetivas elementares (prescindir de análisis clínicos, y reconocimientos radiológicos, etc...) No dolo eventual, de raríssima ocorrência no campo da Medicina, o agente não só assume o risco de produzir alguma lesão, ainda que mortal, mas também admite e consente que este resultado lesivo se efetive”.

Numa última referência ao *dolo*, observo que no ominoso, odioso e repugnante crime de aborto, marcadamente doloso, o delito, na quase totalidade das vezes, somente se evidencia e é levado ao conhecimento dos juizes em razão de evidentes e grosseiros erros de execução na torpe empreitada (perfurações do útero e de alças intestinais com suas gravíssimas consequências).

Evidencia-se a culpa, *strictu sensu*, quer na área criminal, quer na civil, através de suas três modalidades mencionadas no art. 18, II do CP Brasileiro: diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Como já vimos, os autores estrangeiros, europeus principalmente, concentram todas na primeira, a imprudência, entendendo não mais do que marcados imprudentes o negligente e o imperito.

Em seu *Tratado de Direito Penal* t. II, p. 211, consignou Vincenzo Manzini que “não há razão para distinguir, em essência, entre culpa por negligência, imprudência ou imperícia, estando estes conceitos fundados sobre idêntico cri-

tério jurídico". E acrescentou, logo em seguida: "Pode-se dizer que a negligência se refere a omissões voluntárias; a imprudência, as mais das vezes, uma atividade positiva. Por imprudência (aresto de 26.10.21) deve se entender a omissão de cautelas que a experiência comum da vida ensina a tomar no cumprimento de alguns atos e no uso de certas coisas; por negligência, a inobservância dos deveres. A imperícia consiste no exercício de uma atividade relativa a uma profissão ou a uma arte desconhecida pelo agente, isto é, uma inaptidão ou insuficiência profissional, genérica ou específica, conhecida do agente e que não leva em consideração".

Presente qualquer delas na ação profissional do médico, acarretando dano ao paciente, caracterizado fica o erro médico, por culpa, indenizável no plano civil e punível no penal, considerado, neste caso, seu grau de intensidade: gravíssima, grave, leve ou levíssima, isenta de punição esta última, porque, doutrinária e jurisprudencialmente, equivalente ao *fortuito* e, por isso, somente reconhecível e admissível nas modalidades de imprudência e negligência, pois que a imperícia traduzirá, sempre e sempre, culpa lata.

O erro médico pode, destarte, provocar condenação por crime culposo, na esfera do direito penal, ou indenização reparatória, na do direito civil.

Bem mais rara a primeira.

Salvo aquelas por imperícia ou erros grosseiros, poucas vezes ocorrentes, pois como já observado, os médicos de nossa pátria são normalmente hábeis e competentes, as denúncias criminais contra médicos, por imprudência e negligência, quase sempre na grande maioria dos casos, terminam em decisões absolutórias, por razões várias; a circunstância de não ser a medicina uma ciência exata pelo que nem todo resultado desfavorável de um tratamento médico deve ser, obrigatoriamente, computado

ao profissional que a exerce; a consideração de que, na elaboração da responsabilidade, surgem situações que se contrapõem a todo subjetivismo, em face de condições tão inerentes aos fatos e inarredáveis deles, em que se pode perceber apenas um fator súbito, imprevisto e fortuito; a previsão legal de excludentes de criminalidade ou isentantes de penas, como estado de necessidade, a coação irresistível, o cumprimento de um dever, ofício ou cargo, o erro plenamente justificado (arts. 20, §§ 1º e 2º, 22 e 23 do CP); e, principalmente, a convicção do juiz criminal, que, com raras exceções, só se inclina por um edito condenatório em face da absoluta certeza da responsabilidade criminal, optando, fora disso, pelo *non liquet* e conseqüente aplicação do consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Em acórdão, por mim relatado a 3ª CCrim do TJSP, que tenho a honra de integrar, proclamou: "O exame acurado, cuidadoso e percuciente dos autos, neste caso, poderá levar, quando muito, na melhor das hipóteses para a acusação, à quase certeza da culpa (*lato sensu*) do apelante, mas não à certeza, à plena e inarredável convicção de responsabilidade penal, única suficiente a justificar seguro e preciso juízo condenatório. Certeza da ocorrência delituosa e de sua autoria são sempre exigidas, por juristas e pela jurisprudência, para admitir prolação de edito condenatório, cabendo bem lembrar memorável pronunciamento de Malatesta, que vale a pena transcrever: "O direito da sociedade só se afirma racionalmente com direito de punir o verdadeiro réu; e para o espírito humano só é verdadeiro o que é certo; por isso, absolvendo um caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se oprime o da sociedade. A pena que atingisse um inocente perturbaria a tranqüilidade social, mais do que a teria abalado o crime particular que se pretendesse punir;

porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário. Lançai na consciência social a dúvida, por pequena que seja, da aberração da pena e esta não será mais a defensora do direito e sim a força imane que pode, por sua vez, esmagar o direito indêbil" (*A Lógica das Provas*, Ed. Saraiva, pp. 14-15).

Referindo-se à legislação processual americana, observou o saudoso Heleno Fragoso, in *Jurisprudência Criminal*, 1º/485, nota 389, que esse é o princípio que vigora do direito norte-americano, incluindo entre as regras do devido processo legal, *due process of law*. Não se pode aplicar a pena sem que a prova exclua qualquer dúvida razoável, *any reasonable doubt*. Aqui não basta estabelecer sequer uma probabilidade, "it is not sufficient to establish a probability even a strong one": é necessário que o fato fique demonstrado de molde a conduzir à certeza moral que convença o entendimento, satisfaça a razão e dirija o raciocínio, sem qualquer possibilidade de dúvida". (cf. Kennys, *Outlines of Criminal Law*, 1958, 480).

A sociedade só se sente legitimamente perturbada em sua tranquilidade com a certeza do delito, e de seu autor é lógico, asseverando Gorphe: "S'il subsiste une doute c'este que la preuve n'este pas fait" e arrematando o insigne Carrara: "no processo criminal, máxima para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica".

Condenação exige certeza e certeza absoluta, quer de crime, quer da autoria.

Não basta a alta possibilidade desta ou daquele.

A certeza é aqui, a *conscientia dubitandi securo* de que falava Vico e que não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem delito e autoria (*Sauer Grundlagen des*

Prozessrechts, 1929, p. 75), sob pena de "conduzir tão somente à íntima convicção insuficiente" (Heleno Fragoso — *RDPenal* 5º/148, Ed. Borsoi).

A íntima convicção, sem apoio em dados ou elementos subjetivos indiscutíveis, leva à simples crença e não àquela certeza, necessária e indispensável à condenação. Essa certeza não pode ser, igualmente, a certeza subjetiva formada na consciência do julgador, sob pena de transformar-se em arbítrio. A certeza que pode e deve levar à condenação, de que todos devem participar, alancada *sub specie universalis*. Como diz Jean Patarin, citado por Heleno Fragoso, no trabalho acima referido (p. 149) "a procura da certeza perfeita revela-se uma exigência particularmente imperiosa do direito penal".

Certeza é sinônimo de manifesto, de evidente, de indiscutível. E, como indagava Ary Franco, em *O Júri e a Constituição Federal* de 1946, pp. 261-262, "o que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares".

Na alçada criminal, o erro médico poderá ser proclamado, a meu ver, naqueles casos de gritante e manifesta imperícia, em que o agente, na ausência de justificativas ou dirimentes, temerariamente, se propõe à prática de atos profissionais para a qual não dispõe de conhecimento e capacidade operatória, ou de flagrantes e grosseiras ações de marcada imprudência ou negligência.

Bem diversa a situação na área civil, em que predomina e prevalece o direito privado, com prevalência, quase total, do individual sobre o social, campo em que avultam os conflitos de interesse pessoal, firmados quase sempre no patrimonial, afastando a aplicação do já referido princípio *in dubio pro reo*.

E, aqui, não vacilo em dizer que as sentenças e acórdãos, em acentuada maioria das vezes, favorecem os postulantes, pacientes, em desfavor dos médicos, por força da teoria do risco, ora predominante, na jurisprudência, sobre a da culpa, não obstante a necessidade de comprovação de culpabilidade para que se produzam condições de ressarcimento de prejuízo ocorrido em decorrência da atividade médica profissional. Merece transcrição trecho do capítulo IV, com o subtítulo fundamentos da responsabilidade, do trabalho do Prof. de Medicina Legal Wanderby Lacerda Panasco, publicado na *Revista Forense*, intitulado: "A Responsabilidade Civil, Penal e ética dos Médicos": "Para a teoria objetiva da responsabilidade estabeleceu-se a existência não de uma culpa, mas de um risco determinando a noção de dano. Não interessa a idéia de culpa ou a sua natureza, nem se escusar o agente do dano, mas permitir um reparo às condições lesivas inexistentes antes da ação ou da omissão. Eis o motivo pelo qual, dentro da idéia clássica de culpa, estaríamos modernamente, diante de muitos casos cujo dano não poderia ser reparado frente a necessidade da prova da culpa. O correlato advento da teoria objetiva foi, inegavelmente, a tecnologia. Estabelecida, de início, nas leis acidentárias, pois o risco profissional, causa do dano, é um fator inerente ao trabalho. A ação lesiva que incapacita, temporária ou definitivamente, não pode ser analisada em relação a uma culpa, mas sim através da existência de um complexo de fatores, mediatos ou imediatos, que elaboram o instante lesivo (acidente atípico) ou estados mórbidos de causas reiteradas e diluídas no tempo (doenças das condições do trabalho, doenças profissionais).

Na realidade, as teorias da responsabilidade se completam. E, na profissão médica, não se pode abandonar isoladamente a teoria subjetiva ou objetiva, a culpa ou o risco. As duas se

entrelaçam e se definem no esclarecimento da ação ou omissão do profissional. Contudo, sempre que destes fatos intervier uma demanda, será necessário, seja de natureza dolosa ou culposa, provar a existência da culpabilidade, para que se produzam condições de ressarcimento do prejuízo. Aqui se concentra o elemento mais complexo do relacionamento médico-paciente, consoante o hermetismo e o monopólio médico, que absorvem nos seus meandros a sagacidade do jurista e propicia material de difícil acesso"... Em virtude das proporções dos fatos estudados e conhecidos, a grande causa, mas não a única, dos erros médicos advém da teoria objetiva, semelhante ao que ocorre nos acidentes de trabalho. "A atividade médica permite que seu titular aja criando riscos de prejuízo para outrem, muito embora seu objetivo seja exatamente o contrário, e disso tira proveito. Sempre sob a ameaça do insucesso, o médico vai de risco em risco, lucrando com sua atividade. Ao solicitar ou contratar os serviços médicos sabe o paciente, ou seu responsável, que o resultado final poderá ser bom ou mau ou até não chegar a resultado algum, portanto aceita o risco. O cliente também tira proveito do risco criado, qual seja, o de reencontrar sua saúde, por isso que o ônus do reparo do dano deve ser dividido, como acontece no acidente de trabalho"... "Tratando-se da profissão médica a lesão será confeccionada no paciente através do instrumental trabalhado diretamente pelo médico. Daí sua negligência, imperícia ou imprudência não poder ser irrelevante para qualificar sua responsabilidade. Fora destas considerações sua atividade promove, em grande percentual, os princípios da responsabilidade objetiva".

Acima de tudo isso, de qualquer doutrina (subjetiva ou objetiva), como determinante do erro médico encontra-se o grosseiro, que recebe da própria

classe médica nada mais do que reprovação e repúdio, é, segundo o autor acima citado, “a conduta profissional que fere o entendimento do homem comum, impondo sanções ao médico pelas condições do cometimento. Os tribunais de todas as épocas incriminaram este erro que não deixa dúvida quanto ao reparo legal. É a forma inadvertida, imprecisa e incapacidade de que, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro desavisado. Não se confunde com o erro profissional (precariedade dos conhecimentos humanos), que se dilata no risco profissional. No erro grosseiro se visualiza uma forma ampla de negligência, ferindo, na sua transgressão, todas as normas do comportamento médico”.

O erro grosseiro, sob qualquer aspecto, sob qualquer ângulo de qualquer teoria, será sempre incompreensível, inadmissível e inaceitável.

Genival Veloso, também Professor de Medicina, enfrentou, com muito brilho, o problema da teoria objetiva, em artigo doutrinário, transcrito na mesma *Revista Forense*, intitulado *Socialização do risco médico*.

Disse esse renomado mestre: “O acidente médico é, não raro, inevitável e inesperado, e suas causas são, sob o ponto de vista subjetivo, dificilmente determinadas. Por isso, a tendência contemporânea, no que se refere ao aspecto civil do dano médico, é substituir a noção de responsabilidade pela noção de risco. Não se pode mais aceitar comodamente a força cega do destino — o *act of God*. Fazer do dano um simples fruto do acaso, sem nenhum responsável, é uma forma cômoda e simplista, de resolver um problema sério, mas é, sem dúvida, uma grande injustiça”... “A falibilidade do médico e da Medicina é inquestionável. É ela aceita pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, principalmente sob o ângulo penal e moral. No entanto,

quanto à responsabilidade civil, esta chega a ser quase ilimitada. Os tribunais passaram a entender que a reparação do dano é um feito indiscutível. Já afirmaram que assim como é injusto o médico responder pela falibilidade da ciência ou da sua própria limitação, mais injusto seria deixar o paciente à sua própria sorte; quando buscando um bem encontrou um mal. Ou que se deixe abater sobre a vítima todo o peso do seu infortúnio”... “A responsabilidade civil gira em torno de duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva tem na culpa seu fundamento basilar. Não é sinônimo, portanto, de dano. É claro que só existirá culpa se dela resulta um prejuízo. Aqui há responsabilidade do autor quando existe culpa, dano e nexo causal. Seu fundamento é todo moral: primeiro, porque leva em conta a liberdade individual, e, segundo, porque seria injusto atribuir a todos, indistintamente, conseqüências idênticas a um mesmo fato causador. Não faz injustiça com o autor, mas deixa fazer contra quem já sofre a contingência de ser vítima”... “Atualmente essa teoria começa a ser contestada por várias razões: “a imprecisão do conceito de culpa; o surgimento da responsabilidade sem culpa; o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual, sem imputabilidade nos tempos atuais, e a socialização do direito moderno”... “O conceito de culpa vai se materializando, surgindo a teoria objetiva da responsabilidade que tem no risco sua viga mestra. O responsável pelo dano indenizará simplesmente por existir um prejuízo, não se cogitando da existência de sua culpabilidade, bastando a causalidade entre o ato e o dano, para obrigar a reparar. O nexo causal consiste no fato de o dano ter surgido de um ato ou uma omissão. No momento em que a noção de culpa passa a ser diluída, a idéia de risco assume um plano superior”... “A

teoria do risco despreza o subjetivismo jurídico e os pontos de vista filosóficos, para atender ao princípio da necessidade que as sociedades contemporâneas estão a exigir, como uma política de igualdade diante dos sacrifícios impostos no interesse público"... "A primeira vista, responder alguém por danos que tenha causado sem culpa, parece uma grave injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita à sua própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos".

E o eminente médico, depois dessas sensatas, criteriosas e convincentes considerações em favor da teoria objetiva, conclui, dizendo: "Só nos acode uma solução para o grave problema das demandas civis contra médicos, oriundas do exercício da profissão: a criação do seguro social médico".

Seja ou não a melhor e mais adequada para a solução do problema da responsabilidade civil no campo da medicina, a verdade é que a teoria objetiva, ou de risco, é, hoje em dia, acertadamente a meu ver, a preferida dos tribunais, que até bem pouco, optavam decididamente pela subjetiva ou da culpa, considerando caracterizada a responsabilidade civil do médico apenas em face de erro grosseiro ou indesculpável negligência. Prevalece, agora, o reverso da medalha, incorrendo responsabilidade do facultativo somente quando inexiste nexo de causalidade ou comprovadamente presentes atos de terceiros, força maior ou culpa do próprio paciente.

Esta a posição que decididamente adotaria se integrante fosse da Seção Civil do Tribunal de Justiça, que integro

como membro da Seção Criminal.

E concordo, plenamente, com o digno Prof. Genival Veloso de França, quando diz que a solução para a grave e tormentosa questão ora focalizada é a socialização do risco médico, com a qual ganhariam todos os envolvidos: paciente, médico e sociedade. É, sem sombra de dúvida, a que melhor atenderá à Justiça coletiva, pois, indubitavelmente é a medicina a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais.

E justifico esse pronunciamento, em prol da socialização da responsabilidade médica, com o exemplo que agora me ocorre: o de respeitável cirurgião, professor emérito, ativo e constante participante de congressos na área de sua especialidade, no Brasil e no exterior, admirado nacional e internacionalmente, jamais envolvido, até então, em qualquer deslize nas centenas e centenas de intervenções praticadas, que, um dia, por capricho do destino ou outro motivo imponderável, acaba cometendo sério, grave e inimaginável erro médico, provocando a morte de renomado cliente. Não bastasse o sofrimento íntimo, a mágoa interior intensa, o coração oprimido pelo erro único na vida, é processado civilmente, descoberto de seguro, e condenado, em primeira e segunda instância, ao pagamento de pesadíssima indenização reparatória do dano causado.

O seguro do risco médico não traria lenitivo à alma impactada, mas obstaria o desfalque, ruína talvez, de um patrimônio amealhado no curso de toda uma existência de trabalho e sacrifício.

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Esta é a nova seção criada para a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* e que ao lado das outras terá periodicidade, informação e análise.

Em imagem muito feliz já foi dito que o Direito não sai da cabeça do legislador assim como Minerva saiu da cabeça de Júpiter: armada da cabeça aos pés (Souza Neto, *O motivo e o dolo*, Freitas Bastos, 1949, p. 19). Com efeito, existem acontecimentos efêmeros e de registro inexistente na vida e na história dos homens e dos povos. Mas há instituições sociais, políticas, econômicas, culturais e religiosas que percorrem um itinerário cuja nascente se perde na noite dos tempos e que se modificam mas sem alterar, contudo, a sua essência. Pode-se afirmar que em certa medida o direito e a justiça são recipiendários da lei de Lavoisier sobre a conservação da matéria. "Na natureza nada se cria, nada se perde; tudo se transforma".

A seção *Antigüidades de Direito Criminal* irá repor à leitura textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que estão virtualmente desaparecidos ou confinados nos escaninhos do *museu da memória*. Mas porque constituíram uma linguagem viva para a sua época e o seu espaço, estes elementos estão sendo resgatados e revistos com a perspectiva do sistema jurídico do presente.

Os *comentários* se destinam a informar, a comparar e a criticar. E, principalmente, a estimular reflexões sobre o progresso ou a involução de nossos métodos e meios de criação e aplicação do Direito Criminal.

SOBRE A CONDENAÇÃO DE TIRADENTES

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Federal do Paraná

"Portanto condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu

teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo proprio será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memoria a infamia deste abominavel Réu;" (Trecho do Acórdão em Relação extraordi-

nária do Rio de Janeiro, 18 de abril de 1792, em *Autos de devassa da Inconfidência Mineira*, Ministério da Educação, Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, 1938, VII/194).

Comentários

1. A sentença que condenou Tiradentes à morte contém uma espécie de súmula das penas cruéis e infamantes. Embora o destaque para a sua natureza corporal, a sanção era impregnada de um sentido finalístico moral, pela declaração de infâmia, transmissível aos descendentes do réu.

Na visão histórica das penas em Portugal, pode-se referir que durante muito séculos destacavam-se duas classes fundamentais: da primeira constavam a *pena de morte* e as “penas sofridas no corpo”, ou *penas corporais*, como a mutilação e a flagelação pública; na segunda se incluíam as demais como o *degredo* ou *deportação* do lugar de residência para outra povoação onde o condenado deveria residir, o *desterro do Reino*, com a privação da proteção jurídica, as *multas*, o *confisco* e a *infâmia* ou *degradação cívica* que interditava o exercício de funções.

A *mutilação* era aplicada sob as formas de amputação dos pés, das mãos, dos dedos, das orelhas, da língua, de arrancamento dos olhos e da castração. Outra espécie de pena corporal era a *flagelação pública*, que consistia na aplicação de açoites no pelourinho ou picota, ou enquanto o padecente era obrigado a percorrer as ruas da localidade, para que o castigo se tornasse conhecido por todos os habitantes. Esta pena de açoites podia ser agravada pelo *pregão* ou anúncio público do motivo da punição, e pelo porte do *baraço*, ou seja, da corda que prendia os braços do justicado ou simbolicamente lhe cercava o pescoço para significar a perda da liberdade.

Como informa Marcello Caetano, o *pregão* e o *baraço* aparecem como agravantes das penas de açoites ou de degredo. “O *pregão* consistia em dar publicidade à condenação e podia restringir-se à audiência dos juízes onde estes mandavam proclamar a pena aplicada e seus motivos ou, no caso de açoites, ter lugar em várias paragens ou estações, no percurso da povoação que o condenado tinha de fazer, para em cada uma dessas paragens ser açoitado. Quanto ao *baraço*, ao flagelado eram atadas as mãos atrás ou à frente com uma corda para que não fizesse o gesto instintivo de defesa dos açoites infligidos ou contra-atacasse os oficiais de justiça. Nas representações medievais de Jesus flagelado (o *Ecce homo*) lá estão as mãos atadas”. (*História do direito português*, Editorial Verbo, Lisboa, 1981, I/366. Sobre o mesmo tema, Eduardo Correia, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, Coimbra, 1980, I/17).

2. O Brasil conheceu, desde o tempo da descoberta e até que se completasse o período de dominação portuguesa, os regimes fantásticos de terror punitivo, quando sobre o corpo e a alma do condenado se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses.

As *Ordenações Filipinas* — vigorantes ao tempo do martírio de Tiradentes — marcaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, “benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei” e demais tipos pitorescos de autores eram submetidos às variadas formas de suplícios, com a promessa, a aplicação e a execução das penas de morte ou de mutilação.

3. O *auto de terror* que se contém no Acórdão de 18 de abril de 1792, da Alçada em Relação extraordinária, teve

a presidi-lo o Vice-Rei do Brasil, o Segundo Conde de Resende (1744-1819). Bastante impopular por suas medidas de extremado rigor, José Luís de Castro Resende, foi acusado de ter incendiado o arquivo do Senado do Rio de Janeiro.

Os episódios de provação da chamada *Conjuração de Minas* e os ritos processuais do Século XVIII, revelam como o suplício foi um poderoso agente político. Conforme destaca Foucault, "ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial" (*Vigiar e punir*, Petrópolis, 1977, pp. 49-50).

A declaração solene de infâmia ou a danação da memória se o culpado morresse antes "de ser preso, acusado ou infamado", a amputação de membros, os açoites "com barão e pregão", o degredo, as galés, a deserção, o confisco, em suma, um fantástico repertório de sanções desnudava as tormentosas preocupações com a exemplaridade e a retribuição.

4. A pena capital tinha três modalidades de execução: 1. *Morte cruel* (a vida era tirada lentamente, através de suplícios); 2. *Morte atroz* (a eliminação era marcada por especiais detalhes como a queima do cadáver, o esquartejamento, etc.); 3. *Morte simples* (limitada à supressão da vida, sem rituais diversos e executada através da degolação ou enforcamento. Esta modalidade era destinada às classes inferiores, por traduzir modalidade de infâmia (V, a propósito, Augusto Thompson, *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*, São Paulo, 1976, p. 85).

5. O mandado de execução das penas impostas a Tiradentes, tinha o seguinte texto: "Justiça que a Rainha Nossa Senhora manda fazer a este infame Réu Joaquim José da Silva Xavier pelo horroroso crime de rebelião e alta traição de que se constituiu chefe, e cabeça na Capitania de Minas Geraes, com a mais escandalosa temeridade contra a Real Soberania, e Surpema autoridade da mesma Senhora que Deus guarde. Manda que com barão e pregão seja levado pelas ruas publicas desta Cidade ao lugar da forca, e nella morra morte natural para sempre e que separada a cabeça do corpo seja levada a Villa Rica, donde será conservada em poste alto junto ao lugar de sua habitação, até que o tempo a consuma; que seu corpo seja dividido em quatro, e pregados em iguaes postes pela estada de Minas nos lugares mais públicos, principalmente no da Varginha, e Seboas; que a casa de sua habitação seja arrazada, e salgada, e no meio de suas ruinas levantado um Padrão em que se conserve para a posteridade a memoria de tão abominavel Réu, e delito, e que ficando infame para seus filhos, e netos lhe sejam confiscados seus bens para a Corôa e Camara Real. Rio de Janeiro, 21 de Abril de 1792. Eu o Desembargador Francisco Luis Alvares da Rocha, Escrivão da Commissão que o escrevi" (*Autos de devassa da Inconfidência Mineira*, cit., p. 241).

A certidão do cumprimento da sentença foi lançada pela mesma autoridade: "Certifico que o Réu Joaquim José da Silva Xavier foi levado ao lugar da forca levantada no Campo de São Domingos, e nella padeceu morte natural, e lhe foi cortada a cabeça, e o corpo dividido em quatro quartos; e de como assim passou na verdade lavrei a presente certidão, e dou minha fé. Rio de Janeiro, vinte e um de Abril de mil setecentos e noventa e dois" (*Autos de devassa*, cit., pp.241-242).

O aparato da execução, por demais conhecido, se destinava a impressionar o povo que era estimulado ou compelido a acompanhar o cortejo rumo ao local do sacrifício.

Na história de tais espetáculos de terror punitivo, as pessoas da rua assumiam seus papéis de protagonistas na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida.

João Cabral de Mello Neto, recolheu os versos ditos pela “gente nas calçadas”, no último dia de vida de Joaquim do Amor Divino Rabelo, o Frei Caneca: “Por que essa corda no pescoço,/ como se ela fosse uma rês?/ Por que na corda vai tão manso,/ segue o caminho assim cortês/ A corda não serve de nada,/ não o arrasta nem o detém./ É para mostrar que esse homem/ já foi homem, era uma vez..” (*Auto do frade*, Rio de Janeiro, 1984, p. 26).

6. Paradoxalmente ao cenário de um *direito penal do terror* traduzido pelo processo da conjurada rebelião de Minas Gerais — a devassa foi aberta em 15 de junho de 1789 e encerrada em 24 de maio de 1794 — o mundo já estava conhecendo e fruindo algumas das mais libertárias expressões de garantia aos direitos do Homem e a reprovação dos meios e métodos cruéis de combate ao delito. A Declaração dos Direitos de Virgínia (16.6.1776); a Declaração de Independência dos EUA (4.7.1776); a Constituição dos EUA (17.9.1787); a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.8.1789) e os dez primeiros aditamentos à Constituição americana (aprovados em 25.9.1789 e ratificados em 15.12.1791), além de outros documentos contemporâneos aparecem como um formidável contraste com os ritos e a violência praticados nos autos de devassa da Inconfidência Mineira.

A declaração de infâmia extensiva aos parentes, a negação do direito à

sepultura, a punição para além da pessoa do delinqüente, a violação do princípio da reserva legal, a opressão ideológica e religiosa, a proibição da liberdade de expressão do pensamento e das idéias, a inflição de penas corporais e outras sanções cruéis, caracterizavam a face brutal do regime punitivo e contra o qual tanto lutaram os iluministas, tendo a frente Cesare di Bonnesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra imortal: *Dei delitti e delle pene*, Milão, 1764.

7. É certo, porém, que a perspectiva de progresso no campo das relações humanas e sociais, tendo à frente as generosas *petitions of rights* e o humanismo dos enciclopedistas, inspiraram um movimento de reforma da legislação portuguesa. Em 1778 foi constituída uma Comissão, à qual se juntou Pascoal de Mello Freire, encarregada de elaborar os projetos de códigos de Direito Público e de Direito Criminal. Em 1789 foi apresentado o resultado dos trabalhos que continham mudanças revolucionárias para o sistema vigorante.

Muito embora o Projeto Mello Freire fosse abandonado, a história do Direito Penal luso-brasileiro consagrou os esforços daquele jurisconsulto que se empenhou com extraordinária devoção contra a “carnífica tortura” alimentada pelo Livro V das *Ordenações*. Na parte das sanções penais, o referido Projeto de Código Criminal destaca: a) a proporcionalidade da sanção tendo em vista a quantidade e a gravidade do delito e a maldade do delinqüente; b) o caráter utilitário das penas (revelando, assim, a influência da teoria do contrato social de Rousseau e a doutrina de Beccaria); c) o objetivo da prevenção especial de pena além de sua natureza retributiva; d) a injustiça das penas inúteis ou cruéis; e) a atrocidade das penas como fator de impunidade e indulgência para com o delito “que são as coisas mais

funestes que há para a saúde pública” (Cf. Augusto Thompson, ob. cit., pp.107-108).

8. A mutilação, a infâmia, a crueldade na execução das penas e a negação da sepultura, além de tantos outros aspectos do “vasto acervo de incongruências e maldades” do Livro V das *Ordenações* foram banidos com a Constituição de 25 de março de 1824, como se verifica pelo humanitário art. 179: “Organizar-se-á, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade” (§ 18); “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis” (§ 19); “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso, algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja” (§ 20).

Procurando cumprir estes e outros mandamentos liberais para o seu tempo, o Código Criminal do Império (Lei de 16.12.1830), reduziu a pena de morte para os casos de insurreição de escrava-

vos, de homicídio especialmente agravado e de roubo qualificado pelo resultado morte (arts. 113 e 114, art. 192 e art. 271). A lei de 10 de junho de 1835 ampliava os casos da pena capital aos escravos que matassem os seus senhores, os ascendentes ou descendentes destes que em sua companhia morassem, os feitores e as mulhres que com eles vivessem.

O ritual da execução dispunha que o réu “com o seu vestido ordinário e, preso” seria conduzido pelas ruas públicas até a forca, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estivesse, com escrivão e a força militar que se requisesse. O acompanhamento era precedido pelo Porteiro dos Auditórios que lia em voz alta a sentença a ser executada (art. 40).

E, resguardando o sagrado “direito à sepultura”, o Código imperial declarava: “Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes ou amigos se os pedirem aos juízes que presidirem à execução; mas não poderão enterrar-os com pompa, sob pena de prisão por um mez a um anno” (art. 42).