

REVISTA DOS TRIBUNAIS

「68 969 302/0001-06」

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS

Rua Tabatinguera, 140 - 13º andar - S/1314

Centro — CEP 01020-901

SÃO PAULO — SP

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

NÚMERO ESPECIAL DE LANÇAMENTO

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

**REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral

Número especial de lançamento — dezembro de 1992

Diretor

Alberto Silva Franco

ESTE EXEMPLAR É DE PROPRIEDADE DA BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Conselho diretivo

Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, José Henrique Pierangeli, Luiz Flavio Gomes, Luiz Regis Prado.

Suplentes

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

Diretoria adjunta

Alberto de Oliveira Andrade Neto, Alvaro Busana, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., Edson Torihara, 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, 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, Aduino 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, 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 Fabbri Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelvsky, Licinio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, Paulo José da Costa Junior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

Estrangeiros

Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M. Romeo Casasona, Edmundo Hendler, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Luiz Fernando Niño, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

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, 96 - CEP 03051-000 - São Paulo, SP — **Impressão/Acabamento:** RUMO GRÁFICA EDITORA LTDA., Rua Lagoa Bonita, 29 — CEP 03934-030 - São Paulo, SP.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Vivemos um momento absolutamente paradoxal. De um lado, com o recente e inédito *impeachment* do Presidente da República, assistimos a reafirmação da cidadania. De outro, com o triste, para dizer o menos, *episódio* da Casa de Detenção e a crescente miséria da população sentimos o oposto. Não há saídas mágicas nem propostas mirabolantes. Ao contrário, com Edgard Morin cabe advertir: “Estamos passando por um desencanto necessário. Temos que viver num mundo desiludido. Mas o mundo desiludido não é o mundo chão e prosaico dos interesses egoístas: é o mundo que se livrou da estupidez das soluções definitivas, do futuro radioso, do progresso indefinido e infinito: é o mundo estranho, terrível, patético, alucinante em que estamos, em que podemos e devemos arriscar nossas forças de amor, mas não nos falsos messias!”.

O Direito Penal é, dentre outros instrumentos de controle social, um dos mais drásticos. Mas, por mais dacroniano que seja, sozinho não conseguirá resolver o problema da criminalidade. Esta — como lapidarmente afirmou o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, em trabalho sobre o qual ainda não se meditou o bastante — “aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade”.

Nesse momento caótico e aparentemente desarticulado, mais do que ontem, impõe-se repensar dogmas e rediscutir a realidade. No caso dos operadores do sistema penal, onde tanto e tão fortemente verifica-se o descompasso entre a realidade e o belo castelo dogmático, de há muito sentia-se a falta de uma publicação que desse conta de traduzir os anseios quanto à discussão dos temas penais e afins. Aliás, o fim da prestigiosa Revista de Direito Penal dirigida pelo saudoso Prof. Heleno Fragoso, deixou um vazio até hoje não preenchido.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais, como publicação oficial do recém-criado Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nasce exatamente com o propósito de perquirir, questionar e refletir sobre os problemas vinculados às Ciências Criminais, consideradas desde o Direito Penal, Processual Penal, passando pela Criminologia, Política Criminal, Direito Penitenciário, Medicina Legal, até a Psicologia, Psiquiatria e Sociologia criminais.

1. “Pour sortir du XX° — siècle”; *apud: Do passado ao futuro em direito penal*, de Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, ed., 1991, p. 42.

2. “Ciência e experiência do Direito Penal”, *Revista de Direito Penal*, n. 26, RJ, ed. Forense, 1979, pp. 16-17.

Para atingir essa meta, será dada especial ênfase a uma postura pluralista e comprometida com os princípios, direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição Federal. Conta-se, por isso, não só com o apoio dos colaboradores mais diretos e do público leitor em geral — cujo convite para escrever fica formalizado —, mas com o precioso intercâmbio com as Revistas congêneres e a colaboração de diversas Associações profissionais que, de algum modo, se preocupam com a questão criminal.

Não pode, todavia, passar sem registro especial o apoio decisivo que foi dado a essa empreitada pela Editora REVISTA DOS TRIBUNAIS que, uma vez mais, contribui com realizações novas no campo do Direito.

Como se disse no início, esta publicação aparece no exato momento em que o país está engolfado numa crise ética, política, social e econômica onde, lado a lado e com igual peso convivem o infortúnio e a esperança. O desejo maior é o de que a REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS contribua, de modo efetivo, a desequilibrar essa polaridade em favor da esperança, pois nós somos um pouco, para lembrar Walter Benjamin, “como alguém que se mantém à tona num naufrágio por subir no topo de um mastro que já se desmorona. Mas dali ele tem uma oportunidade de fazer sinais que levem à sua salvação”.

CONSELHO DIRETIVO

ESTE EXEMPLAR
FICOU NA BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOCTRINA INTERNACIONAL

Momento atual da reflexão criminológica — ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA	7
Sobre o estado actual da doutrina do crime — 1ª parte — Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	23

DOCTRINA NACIONAL

A atualidade do pensamento processual de Francesco Carrara — ADA PELLEGRINI GRINOVER	53
Má prestação judicial e indenização correspondente — ADAUTO SUANES	62
Medida liminar em “habeas corpus” — ALBERTO SILVA FRANCO	70
Critérios de seleção de crimes e cominação de penas — JUAREZ TAVARES	75
Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela — LUIZ FLÁVIO GOMES	88

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Sobre o uso de algemas no julgamento pelo júri — ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO	110
Correção monetária da pena de multa — HAROLDO PINTO DA LUZ SOBRINHO	116
Falso testemunho — LUIZ REGIS PRADO	118
O princípio “in dubio pro reo” na pronúncia — MÁRCIO BÁRTOLI	126
Valor probatório do inquérito policial — RANULFO MELO FREIRE	133

JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

“Habeas corpus” (Primeira parte) — ALBERTO SILVA FRANCO	139
---	-----

JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Advogado — TJSP — HC 109.704-3/9 — 2ª C. — j. 16.7.91 — rel. Des. SILVA LEME	229
“Habeas corpus” — TJSP — HC 15.747-0/3 — 6ª C. — j. 1.7.92 — rel. Des. NIGRO CONCEIÇÃO	234
Prisão cautelar — TACrimSP — HC 228.020/6 — 8ª C. — j. 4.6.92 — rel. Des. SILVA PINTO	239
Prisão penal e prisão cautelar — STJ — HC 1.772 — 6ª T. — j. 30.3.92 — rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO	242
Processo penal — TRF — HC 91.03.36626-0 — 2ª T. — j. 19.5.92 — rel. Juiz JOSÉ KALLÁS	245

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON	247
--	-----

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES**1. Jurisprudência Comentada**

Crimes cometidos por prefeito municipal em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas — RUI STOCO	264
---	-----

2. Ementário	270
---------------------------	-----

LEGISLAÇÃO	275
-------------------------	-----

INFORMAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS	291
---	-----

NOTICIÁRIO	292
-------------------------	-----

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOCTRINA INTERNACIONAL

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

MOMENTO ATUAL DA REFLEXÃO CRIMINOLÓGICA*

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

Catedrático de Direito Penal da Universidade Complutense de Madri.

1. A moderna criminologia. 2. Análise criminológica. 3. A imagem que se professa do delito e do delinqüente constitui o ponto de partida obrigatório de qualquer teoria criminológica. 4. A vítima do delito: redefinição do papel da vítima no fato delitivo. 5. Um segundo expoente do giro metodológico que contribui para a ampliação do objeto da criminologia consiste na moderna "teoria do controle social". 6. A prevenção eficaz do delito é outro dos objetivos prioritários da criminologia e prova disso são os mais de 25.000 programas de prevenção conhecidos somente nos Estados Unidos. 7. Por último, a criminologia pode subministrar, também, uma informação útil e necessária para a intervenção no homem delinqüente. 8. Criminologia, política criminal, dogmática penal e reforma penal. 9. Vítima e justiça penal.

1. A moderna criminologia

A moderna criminologia é perfeitamente consciente da complexidade do fato criminoso, das numerosas variáveis que nele concorrem bem como da dificuldade que implica a elaboração de programas efetivos de prevenção do delito e de intervenção no homem delinqüente. Ela desenvolveu, por isso mesmo, um poderoso conjunto conceitual capaz de formular sofisticados modelos teóricos explicativos do problema da delinqüência, colocando à disposição todos tipos de métodos e técnicas de investigação, devidamente contrastadas, para servir um empirismo científico e rigoroso. Sem prejuízo da interdisciplinariedade que sua estrutura reclama, pode-se constatar uma positiva aproximação da Criminologia com as ciências sociais e as ciências da conduta, que impõe uma relação dinâmica e interacionista em todos seus sentidos. O saber científico crimino-

lógico, não obstante, continua sendo um saber aberto, relativo, problemático e inseguro, como consequência da crise do denominado paradigma causal explicativo. Não estranha, portanto, que se diga que o crime continua sendo ainda hoje um enigma (Lange); ou que Qutschinsky afirme que estamos retornando ao ponto zero do saber criminológico. Sabemos pouco do crime — menos, desde logo, do que imaginávamos — e atuamos como se soubéssemos menos ainda. E tudo parece indicar que em vão devemos pretender que a criminologia esclareça no futuro com absoluta certeza este enigma, até porque exatidão e certeza já deixaram de ser a marca distintiva do paradigma científico e as outrora ciências exatas

* Este artigo, que foi traduzido por Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito em São Paulo, Mestre em DP pela USP e doutorando em DP na Universidade Complutense de Madri, corresponde ao texto da Conferência pronunciada pelo Autor em Barcelona, em 28.10.91.

já não são seus mais representativos expoentes. O predicamento dos métodos quantitativos (com a conseqüente crise do conceito geral de causa) e o êxito que adquirem enfoques subjetivadores (a empatia e o neonaturismo, na sociologia geral, a teoria cognitiva na psicologia geral etc.) revelam a relatividade do conhecimento científico, inevitavelmente problemático, inseguro e aberto.

2. Análise criminológica

Três notas caracterizam, segundo meu juízo, a moderna *análise criminológica* do fato delituoso:

a) O saber criminológico tomou consciência de sua vocação prática: parte da análise da realidade para, de novo, a ela retornar, para transformá-la e melhorá-la. Deve ser, por força, menos teórico, menos acadêmico e mais prático. Desde o ponto de vista temático, isso significa que deve direcionar todos seus esforços aos problemas sociais do homem do seu tempo, às necessidades das sociedades contemporâneas, do homem de hoje. O delito se manifesta, antes de tudo, como problema social; em sua explicação, na elaboração de programas de sua prevenção e no desenho de técnicas de intervenção no homem delinqüente, sobressai a faceta humana e comunitária do fato delitivo.

b) A moderna criminologia tem uma imagem muito mais complexa do fato criminoso. Em primeiro lugar, porque integra a decisão do infrator em um marco histórico e real, analisando a relevância de inúmeros fatores espaciais, temporais, interpessoais etc., que completam o cenário delitivo, em lugar de isolá-lo do contexto concreto a que pertence. Em segundo lugar, porque põe fim ao protagonismo exclusivo do delinqüente, reclamando o estudo da vítima e do chamado controle social.

c) A criminologia ocupa-se, também, da reação social, tratando de verificar até que ponto satisfaz as expectativas legítimas e diferentes dos implicados no drama delitivo (o infrator, a vítima e a comunidade jurídica). Pois, desde este enfoque, a qualidade de um sistema não é dada só pela bondade de seu emaranhado normativo nem pela preparação dos operadores do referido sistema ou pela efetividade do mesmo medida em função de sua capacidade dissuasória nominal ou volume efetivo de capturas de comportamentos desviados. Efetividade e custo social são dois indicadores fundamentais da qualidade de qualquer sistema: prevenção eficaz do delito e reparação solidária do dano, duas concretizações daqueles.

3. A imagem que se professa do delito e do delinqüente constitui o ponto de partida obrigatório de qualquer teoria criminológica

a) O delito como problema social

A abstração jurídica vê no crime um frio fato típico adequado à norma, isto é, o pressuposto conceitual da pena. Para os patologistas sociais, o delito é uma epidemia, uma malignidade; para os teólogos, um castigo do céu; para os expertos em estatística, uma cifra, um algarismo; para a criminologia científica o crime é, antes de tudo, um problema social, isto é, um fenômeno massivo, que não circunscreve sua existência a um determinado período temporal ou a uma determinada conjuntura; que produz dor para todos e que é percebido por todos como um fenômeno aflitivo. Não conta, de outro lado, com consenso algum no momento em que tentam explicar sua gênese nem no desenhar os oportunos programas de prevenção e intervenção no mesmo. O crime, com efeito, é tão antigo como o homem mesmo, a outra

face da moeda. Fascina, produz alarme e dor e não só em quem o padece, nem a quem depois sofre as conseqüências da pena, senão a toda comunidade jurídica. Não existem fórmulas mágicas para controlá-lo nem, desde logo, para acabar com ele, pois a experiência revela sua face humana, cotidiana e inclusive doméstica: convivemos com o crime, dia-a-dia. Todo sistema social produz necessariamente seus crimes, incluindo até mesmo uma ordem social intacta, em bom estado de funcionamento (sem excluir o sistema democrático do nosso tempo, necessariamente pluralista, conflitivo e antagônico), e não se faz necessário atribuir tais crimes a patologias, desorganização social, carências ou vazios normativos.

Esta conceituação do crime como problema social tem três implicações:

1. *Empatia.* A análise científica de todo problema social exige do teórico uma atitude de empatia, isto é, de interesse, de apreço, de fascinação para conhecer as chaves profundas de um problema humano e social, tão próximo e ao mesmo tempo tão enigmático como é o crime. Empatia não significa simpatia, muito menos cumplicidade com o submundo da delinquência, e é compatível com a neutralidade, objetivismo e distância que toda análise objetiva reclama. Somente a empatia permite uma verdadeira aproximação ao problema da delinquência, para analisá-lo desde dentro e captar os valores introyetados tal e como são vividos pelo infrator, conhecer os mecanismos de aprendizagem e transmissão das pautas e modelos delitivos etc.

2. *Comunidade.* O crime é um problema da comunidade; nasce problema de todos: a todos incumbe, a todos afeta e todos têm responsabilidade. A sociedade que pretenda ignorar insolidariamente o problema da delinquência ou que o atribua à competência exclusiva do sistema legal, limitará sua pró-

pria efetividade pois estará isolando o sistema legal da própria sociedade.

3. *Controle da criminalidade.* A inextirpabilidade do delito e a necessidade de ponderar os custos sociais que seu eficaz controle exigem, obrigam a desmitificar o utópico sonho da total extirpação da criminalidade. Carecem, pois, de sentido e de justificação as "cruzadas" contra a criminalidade, as veementes declarações de guerra contra o infrator, pois atitudes beligerantes e apaixonadas de tal natureza geram políticas criminais de desmedido rigor e parecem incompatíveis com a serenidade que a análise científica reclama.

Esta caracterização do crime como problema social deve ser uma chamada de atenção ao investigador a fim de que sintonize tematicamente com preocupações da sociedade e do homem do seu tempo, com seus problemas reais. A moderna criminologia não pode se ocupar somente de determinadas manifestações ou parcelas da criminalidade, seja pela visibilidade diferencial destas, seja pelo caráter simbólico que alguns de seus teóricos lhe atribuem.

b) *O delinqüente: a normalidade do delinqüente como postulado*

Já foram sustentadas as mais contrapostas imagens, bem como os mais distintos estereótipos, do infrator. Para os clássicos, o delinqüente é um pecador que faz mal uso da liberdade. Para o positivismo criminológico, um animal selvagem, fruto de sua herança ou condicionado por fatores sociais. O carceronalismo viu no delinqüente um menor ou inválido. O marxismo, uma vítima injusta das estruturas sociais. Já para a moderna Criminologia o delinqüente é um homem de seu tempo, um homem normal. As ciências biológicas, desde logo, desvirtuaram o dogma clássico da "equipotencialidade", isto é, a suposição de que todos os seres

humanos nascem com um idêntico potencial ou matéria-prima que somente nossa liberdade é capaz de moldar e desenvolver no futuro. Cada código genético marca os traços diferenciais e irrepetíveis de cada pessoa. Assim, todos nascemos desiguais, distintos, conhecendo a ciência importantes acontecimentos de rebelião contra a própria identidade e mutações genéticas que puderam representar um autêntico desafio às regras da lógica.

Porém tampouco é aceitável o princípio de “diversidade” do delinquente sustentado pelo positivismo criminológico (o delinquente seria, para esta corrente criminológica, desde o ponto de vista qualitativo, distinto do não delinquente, residindo neste fator diferencial a explicação última do comportamento delitivo). A suposta “diversidade” do delinquente não é senão um conhecido mecanismo tranquilizador e auto justificatório da sociedade, que prefere culpabilizar os outros para livrar-se a si mesma de sua parcela de culpa, atribuindo os comportamentos contrários ao consenso social a algum tipo de patologia individual. O princípio da “diversidade” parece um prejuízo que vicia a necessária neutralidade do cientista e carece hoje em dia de qualquer respaldo empírico.

Estatisticamente, não cabe associar significativamente taxas relevantes de comportamento desviado com qualquer tipo de patologia individual e são cada vez maior os grupos de infratores — que se rebelam contra as normas comunitárias — que correspondem ao protótipo de pessoas “absolutamente normais”: a delinquência juvenil, a imprudente em geral e particularmente a relacionada com o trânsito, a criminalidade de funcionários públicos, a criminalidade econômica e de colarinho branco etc. confirmam indiscutivelmente este postulado. É óbvio, por outro lado, que nem todo fator diferenci-

al tem, necessariamente, relevância criminógena, e que, sem dúvida, é fácil detectar fatores diferenciais mais significativos entre subgrupos de infratores (entre eles mesmos) que entre eles e outros grupos de cidadãos que respeitam as leis.

De qualquer modo, convém atribuir ao delinquente a imagem de homem, de ser humano, que é dada pela experiência científica do nosso tempo: não é um produto já terminado, solitário, isolado em si mesmo e dos demais, prisioneiro de sua hereditariedade e profundamente mediatizado por processos sociais, fungível, contingente, senão algo muito distinto. O homem é um ser aberto, inacabado, muito condicionado pela hereditariedade, porém também pelos demais e pelo seu entorno; um ser social e comunicativo, submetido a um processo aberto e contínuo de interação com os demais homens e com seu meio; é capaz de transcender seus próprios condicionamentos, ativo e receptivo, ser solidário com os demais, senhor de sua história e da história que projeta ao futuro. Tudo porque o ser humano não é só biologia, é também cultura, experiência e história.

Qualquer explicação científica do comportamento do homem ou de qualquer acontecimento histórico do qual ele seja protagonista, como o delito, deve ser sutil, complexa e diferenciadora. Porque o homem não é só causalidade, senão que transcende à causalidade. Não é uma mera máquina de músculos e nervos e, em consequência, sua conduta escapa à fácil equação estímulo-resposta.

O comportamento delitivo, de outro lado, não pode ser compreendido como decisão isolada, instantânea, quase relâmpaga, senão dinamicamente, como resultado final de um processo prévio de socialização e aprendizagem. Porque o homem não nasce com um catálogo ou repertório inato de respostas,

senão que as aprende por intermédio de complexos mecanismos de comunicação e interação, em um marco que o próprio sujeito redefine e reinterpreta por meio de determinadas operações ou processos cognitivos.

4. A vítima do delito: redefinição do papel da vítima no fato delitivo

A pessoa da vítima e seus legítimos interesses sofreram e continuam sofrendo um patente e endêmico esquecimento que se avizinha do desprezo. Um dos protagonistas do acontecimento criminoso, o que experimenta seus efeitos mais negativos, é objeto na sociedade do nosso tempo de duas atitudes contrapostas e igualmente rechaçáveis: a compaixão e a demagogia. A idade de ouro da vítima (no tempo da justiça privada) terminou com sua necessária "neutralização", quando a sociedade tomou consciência de que não podia pôr nas suas mãos ou nas de seus parentes a resposta ao crime, pois só uma resposta pública, institucional, reflexiva e desapaixonada, garante a objetiva aplicação das leis ao caso concreto. O contrário, como pôs em relevo a experiência, não é justiça, senão represália ou vingança. Mas esta neutralização da vítima por meio da imprescindível mediação do sistema legal produziu não somente o previsto distanciamento entre os protagonistas do drama criminoso, senão também o mais absoluto esquecimento de um deles: a vítima, o perdedor com o qual ninguém quer se identificar.

O Direito Penal, seja o substantivo, seja o processual, a política social, a política criminal e inclusive as disciplinas empíricas como a criminologia oferecem manifestações muito significativas do comentado abandono da vítima, que resulta especialmente inconciliável com os postulados solidários do "Estado social de direito". O certo é

que a vítima, além de ser vitimizada pelo delito (vitimização primária), volta a sê-lo depois pelo sistema legal (vitimização secundária). Sofre os efeitos derivados do crime (pessoais, morais, econômicos e inclusive sociais) e recebe um tratamento distante e insensível do sistema legal, impróprio para quem atua como colaborador fiel da Justiça; é um tratamento que é percebido negativamente pelo administrado que tem, com freqüência, a sensação de ser mero pretexto da investigação processual e não sujeito ativo de direitos. O delito estigmatiza e marginaliza também a vítima, gravando nela a marca indelével do perdedor, marca que lhe gera receios, desconfianças e injustificadas suspeitas nos demais, chegando muitas vezes a desencadear sutis mecanismos psicopatológicos de auto-culpabilização; em consequência, pode-se até mesmo afirmar que a vítima necessita também, muitas vezes, de uma ação reabilitadora, ressocializadora, que neutralize o negativo impacto do drama delitivo e torne possível sua posterior reinserção e positiva participação na comunidade jurídica, livre de lembranças traumáticas e severas limitações.

O atual redescobrimento da vítima, embora tímido, tardio e desorganizado, expressa a imperiosa necessidade de verificar, à luz dos conhecimentos científicos atuais, a função real que desempenha a vítima do delito nos diversos momentos do acontecimento delitivo (deliberação, decisão, execução, racionalização e justificação etc.), revisando superados estereótipos clássicos, produtos da análise simbólica, formalista e estática da Criminologia tradicional, que conflita, ademais, com os postulados solidários do Estado social de direito.

Este novo enfoque crítico e interacionista reflete uma imagem muito mais verossímil e dinâmica da vítima,

de seu comportamento e de suas relações com os outros agentes e protagonistas do fato delitivo, da correlação de forças que convergem para o cenário delitivo etc.. De outro lado, reclama atitudes e respostas muito distintas da sociedade e dos poderes públicos em relação com o problema do delito. Cabe, pois, esperar dos estudos empíricos sobre a vítima uma relevante contribuição que se projetará, ao menos, nos seguinte âmbitos:

a) *Etiológico*. A imagem ou estereótipo clássico da vítima como objeto pacífico, neutro, fungível, que sofre por mero azar as consequências do delito, não parece que se ajusta à realidade. A moderna Vitimologia confere, pelo contrário, uma imagem ativa e dinâmica à vítima. O crime é um fenômeno altamente seletivo, que se concentra de forma discriminatória em torno de uma série de variáveis (espaciais, temporais, pessoais etc.). O crime escolhe também "sua" vítima adequada, em função de uma rica gama de circunstâncias pessoais, objetivas, situacionais ou estruturais que concorrem na mesma. De maneira que a pessoa da vítima, seu estilo de vida, as características de todo tipo antes mencionadas e, sobretudo, o modo pelo qual umas e outras são percebidas pelo potencial infrator, desencadeiam relevantes processos de interação altamente significativos para a gênese e dinâmica do fato criminoso. Neste sentido, pode-se afirmar que a vítima contribui, de fato, para sua própria vitimização.

b) *Prevenção do delito*. O risco de se converter em vítima de delito não é um risco uniforme, senão diferenciado, que se reparte de forma muito desigual entre as pessoas, grupos e subgrupos, segundo as circunstâncias que se apresentam e os delitos em cada caso concreto. Corresponde, pois, à Vitimologia identificar tais variáveis, precisando, em cada caso, em qual grupo ou

grupos concentram-se os mais elevados riscos de vitimização. Referida informação, como é lógico, parece especialmente relevante para a prevenção eficaz do crime. Sendo este muito seletivo, não resultará difícil evitar muitos comportamentos delitivos com programas dirigidos especificamente àqueles grupos ou subgrupos que têm um mais elevado risco de vitimização, visto que neles concorrem certas variáveis suscetíveis de neutralização.

Não se trata, pois, de fomentar a autoproteção, que costuma conduzir a excessos, senão de informar e conscientizar a vítima potencial a fim de que ela mesma evite certas situações perigosas e colabore positivamente com a melhor proteção de seus próprios direitos e interesses. Tudo parece indicar, por certo, que esta modalidade de prevenção por meio da vítima pode e costuma ser mais eficaz que a prevenção que é concretizada por meio da ameaça abstrata da pena (prevenção criminal); e, ademais, que tem um custo social muito inferior. Isso é assim, entre outras razões, porque a ameaça do castigo é uma mensagem dissuasória dirigida a um hipotético e desconhecido infrator anônimo, cujas características desconhecemos, e que talvez esteja decididamente motivado ao cometimento do delito; já os programas de informação e apoio às vítimas potenciais têm um destinatário preciso e concreto, perfeitamente conhecido e identificável, interessado na proteção efetiva de seus direitos, que sem dúvida alguma colaborará no objetivo de dificultar a ação criminal.

c) *Fonte de informação*. A vítima do delito é hoje em dia uma poderosa fonte alternativa de informação sobre a criminalidade real e oculta que a sociedade padece e não detecta as estatísticas oficiais das diversas instâncias do sistema (policiais, judiciais ou penitenciárias). Referido conjunto estatístico

oficial mede mais a atividade das diversas instâncias legais que as vicissitudes efetivas do crime real. Existe, sem embargo, uma importante divergência entre os índices oficiais registrados e os índices reais, tal e como põem de relevo as investigações sobre a cifra negra e os conhecidos processos de atrição. Mas não se trata somente de uma preocupante desproporção quantitativa, pois sabido é que os índices estatísticos oficiais refletem, como a ponta de um *iceberg*, os movimentos do crime que é detectado pelas instâncias do sistema legal e não o muito superior volume de crime real submerso que, por definição, escapa às estatísticas, do mesmo modo que à Justiça.

O problema é, ademais, de falta de representatividade da amostra que oferece o crime registrado: por meio destas estatísticas não conseguimos obter, necessariamente, uma informação sobre o crime real e oculto. Um conhecimento do crime real, de suas variáveis, perfis e tendências, distribuição, quantificação etc., só pode ser obtido valendo-se de procedimentos alternativos, de técnicas de obtenção de dados que não requerem a intervenção das agências do sistema legal. A vítima do delito, em consequência, está chamada a prestar uma valiosíssima informação de caráter alternativo nas denominadas pesquisas de vitimização.

d) *Política criminal: o medo do delito.* A percepção da realidade pela vítima do delito e suas atitudes geram poderosos estados de opinião que têm grande relevância nas decisões dos poderes públicos. Trata-se do preocupante problema do medo do delito, que produz efeitos muito nocivos: altera os estilos de vida, gera comportamentos insolidários para outras vítimas, explica políticas criminais de desnecessário e inusitado rigor, favorece excessos autodefensivos sem justificação alguma e, em um momento de crise ou de

ostensivo conflito social, serve de pretexto ou motivo para esconder os grandes problemas sociais, desviando a atenção para certas minorias, as de sempre, que se convertem em “bodes expiatórios” de conhecidos mecanismos psicossociais de solidariedade e coesão social. A política criminal deve se basear na razão, não na paixão. O medo só gera medo. Aos poderes públicos corresponde traçar as diretrizes daquela, evitando os perigosos “ditados do medo e da emoção, e, sobretudo, discriminar quando aquele medo tem um fundamento real e quando é produto da mera manipulação ou de estados de ânimo psicopatológicos que requererão uma política informativa, transparente e eficaz.

Em todo caso, os estudos empíricos parecem demonstrar uma vez mais a discordância entre os dados estatísticos, empíricos ou reais e as variáveis do medo genérico do delito: nem as pessoas que mais temem o delito são, de fato, as mais vitimizadas, nem as pessoas mais temidas costumam ser as mais perigosas, nem os fatos mais temidos são os que mais acontecem. O jovem, por exemplo, aparece associado à figura do delinquente e, sem embargo, o jovem é, percentualmente, muito mais vítima de delito que o adulto.

e) *Efetividade do sistema legal.* As atitudes reais da vítima do delito em relação ao sistema legal e seus operadores condicionam decisivamente a efetividade deste. Uma falta de interesse da vítima, isto é, a alienação da vítima, se traduz em um descenso do índice de delitos conhecidos. As investigações empíricas demonstram que só se castigam os delitos que foram objeto de prévia comunicação e nos quais a vítima levou a cabo uma ativa participação em todas as diligências, sem que tenha reflexo estatístico a caracterização da infração como delito público ou delito privado. Os níveis estatísticos de

comunicação do delito, de outra parte, guardam uma relação proporcional inversa com a cifra negra, de sorte que um descenso daqueles níveis costuma se traduzir no correlativo incremento desta última. Quando isto acontece, deteriora-se sensivelmente a capacidade dissuasória da pena, o que significa um autêntico estímulo para o delinquente potencial e o correlativo efeito desmoralizador no cidadão honesto que cumpre as leis. Este chegará à conclusão de que não tem sentido cooperar com um ineficaz sistema legal, repercutindo referida percepção em suas atitudes de colaboração com o sistema, criando-se assim um poderoso círculo vicioso. Corresponde, pois, à Vitimologia, conhecer as atitudes reais do administrado em relação ao sistema legal para fomentar, depois, atitudes positivas de respeito e colaboração com o mesmo, sem as quais a própria efetividade da-quele fica notoriamente limitada.

f) *Política social.* No Estado social de direito, o crime deve ser contemplado, para os efeitos da política social, como um acidente social mais, que merece e conta com uma resposta solidária dos poderes públicos. A reparação do dano e a neutralização dos efeitos negativos, de todo tipo, derivados do fato delitivo (ressocialização da vítima) não devem ficar em mãos da sorte ou do azar.

Seria errôneo e injusto oferecer uma visão estritamente mercantilista ou econômica das pretensões da vítima no momento de desenhar os programas de intervenção em seu favor. Os estudos nesta matéria demonstram que os interesses prioritários da vítima não são os de índole econômica, senão outros: a vítima quer justiça, quer uma explicação, uma satisfação e quer que o fato não se repita (outra coisa acontece se se consulta a vítima sobre suas pretensões sem a mais mínima imediação cronológica a respeito do momento dos

fatos ou se se consulta a vontade de seus herdeiros). Não obstante, qualquer programa social em favor das vítimas deve cobrir generosa e solidariamente estas necessidades peremptórias, com imediatidade e procedimentos não degradantes. Que a maior parte das inversões públicas se destinem em benefício do condenado; que o Estado, salvo raras exceções, não se interesse pela vítima do delito ou contemple impunemente as fraudulentas declarações de insolvência que burlam sistemática e generalizadamente o direito reconhecido em sentenças dos Tribunais de indenizações em favor das vítimas, constitui um penoso espetáculo que desprestigia o Estado social e desacredita a face humana da Justiça.

Em todo caso, os programas de reparação dos danos ou de restituição de incumbência do próprio infrator, por meio de prestações pessoais em favor da vítima, de outras vítimas ou da comunidade jurídica, parecem ter um futuro promissor (trabalhos comunitários, prestações pessoais em favor da vítima, trabalhos assistenciais em favor de entidades benéficas ou caritativas etc.), surgindo como alternativa eficaz às penas privativas de liberdade de curta duração.

5. Um segundo expoente do giro metodológico que contribuiu para a ampliação do objeto da criminologia consiste na moderna “teoria do controle social”

A relevância que os partidários do *labelling approach* (teorias interacionistas do “etiquetamento” ou da “reação social”) assinalam a certos processos e mecanismos do controle social na configuração da criminalidade permite falar de um novo *modelo* ou *paradigma* (“paradigma do controle”) contraposto ao modelo de consenso da criminologia positivista tradicional: é um novo mo-

delo e não uma ampliação do objeto desta criminologia tradicional. Com efeito, a criminologia positivista, voltada para a pessoa do delinqüente, não presta excessiva importância aos problemas do controle social.

Partia de uma visão consensual e harmoniosa da ordem social que as leis, expressão de tal consenso, limitariam a refletir. Os teóricos da Criminologia "positivista" não questionam as definições legais nem o quadro normativo ao qual estas correspondem, porque admitem que encarnam os interesses gerais. Tampouco criticam o concreto funcionamento do sistema, ou o processo de aplicação de tais definições normativas à realidade. Pensam que as leis só consistem num problema de interpretação reservado ao juiz, de subsunção do caso ao pressuposto fático da norma; admitem que o dogma da igualdade perante a lei priva de caráter conflitivo referido processo de aplicação dos mandamentos legais. As leis, pois, caem sobre a realidade social por força de seu próprio peso e não experimentam desvios significativos desde a premissa normativa até o momento terminal do caso concreto. O noticiador do delito, a polícia, o processo penal etc., são meras "correias de transmissão" que cumprem e aplicam fiel e objetivamente a vontade da lei, de acordo, portanto, com os interesses gerais a que esta serve. A população reclusa, em consequência, oferece uma amostra confiável e representativa da população criminosa real, já que os agentes do controle social (polícia, promotor, juiz, processo etc.) regem-se pelo critério objetivo do merecimento e se limitam tão somente a "detectar" o infrator, qualquer que seja a pessoa desviada.

Para o *labelling approach*, pelo contrário, o comportamento do controle social ocupa um lugar mais destacado, porque a criminalidade não tem uma natureza "ontológica", senão "defini-

torial" e o decisivo é como operam determinados mecanismos sociais que atribuem ou assinalam o *status* de delinqüente: a qualificação jurídico-penal da conduta realizada ou os merecimentos objetivos do autor passam para um segundo plano. Mais importante que a interpretação das leis é analisar o processo de aplicação das mesmas, processo este tenso, conflitivo, problemático. O mandato abstrato da norma se desvia substancialmente ao passar pelo funil de certos filtros altamente seletivos e discriminatórios que atuam guiados pelo critério do *status* social do infrator. Precisamente por isso as classes sociais mais oprimidas registram as taxas mais elevadas de criminalidade, não porque professem alguns valores criminais *per se* — nem porque cometam mais delitos —, senão porque o controle social orienta-se prioritariamente contra elas. O controle social e seus agentes e mecanismos não se limitam a detectar a criminalidade e a identificar o infrator, senão que "criam" ou "configuram" a criminalidade: realizam, em suma, uma função "constitutiva". De sorte que nem a lei é expressão dos interesses gerais nem o processo de sua aplicação à realidade cumpre o dogma da igualdade entre os cidadãos. Os agentes do controle social formal (polícia, promotores, juízes etc.) não são meras "correias de transmissão" da vontade geral, senão "filtros" a serviço de uma sociedade desigual que, através dos mesmos, perpetua suas estruturas de dominação e potencia as injustiças que a caracterizam. Em consequência, a população penitenciária subproduto final do funcionamento descriminatório do sistema legal, não pode ser representativa da população criminosa real, como não o são tampouco as estatísticas oficiais.

Não é o momento para avaliar esta controvertida luta de modelos teóricos, nem de tomar postura a favor de uma

ou outra alternativa. Os postulados radicais do *labelling approach*, por sua inequívoca carga ideológica, não são, desde logo, majoritariamente compartilhados pela doutrina. Porém, sem embargo, ninguém pode questionar cientificamente algumas das proposições dos teóricos do controle social, que gozam de amplo consenso na moderna criminologia. Assim, o componente "*definitorial*" do delito, a *seletividade* e a *discriminatoriedade* do controle social, a relevância da própria reação social para o volume e estrutura da criminalidade etc.

A *efetividade* do controle social — e sua problematidade — é outro dos temas que inspiram maior interesse nos criminólogos e expertos em Política Criminal. Pois, diante de dogmas e convicções tradicionais, já não cabe seguir sustentando que o incremento das taxas de criminalidade registrada seja um indicador significativo do fracasso do controle social. Nem tampouco que um sistemático e progressivo endurecimento deste constitua, a médio ou longo prazo, a estratégia mais adequada para assegurar cotas mais elevadas da eficácia na luta contra o crime. O controle social penal tem umas limitações estruturais inerentes a sua natureza e função, de sorte que não é possível exacerbar indefinidamente sua efetividade para melhorar, de modo progressivo, seu rendimento. A prevenção eficaz do crime não se esgota no aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social ("mais leis, mais penas, mais policiais, mais juizes, mais prisões, dizia com acerto Jeffery, significa mais presos, porém não necessariamente menos delitos"). A eficaz prevenção do crime, de outro lado, não parece depender tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da maior integração ou sincronização do controle social formal com o informal.

6. A prevenção eficaz do delito é outro dos objetivos prioritários da Criminologia e prova disso são os mais de 25.000 programas de prevenção conhecidos somente nos Estados Unidos

A mera repressão chega sempre demasiado tarde e não incide diretamente nas bases últimas do fato delitivo. A criminologia, por isso, não pretende subministrar informação aos poderes públicos sobre ele para castigar o delito mais e melhor. Pelo contrário, o conhecimento científico (etiológico) do crime, de sua gênese, dinâmica e variáveis mais significativas deve conduzir a uma intervenção meditada e seletiva, capaz de se antecipar a ele, de prevenilo, neutralizando com programas e estratégias adequadas as raízes do mal. Naturalmente, trata-se de uma intervenção eficaz, não de uma intervenção "penal", já que esta última, em virtude do seu elevado "custo social" e nocivos efeitos, deve ser sempre subsidiária, de acordo com o princípio de "intervenção mínima". Intervenção, pois, que não se limite a incrementar o rigor legal das proibições nem a incentivar o rendimento e efetividade do controle social formal, senão a dar resposta ao problema humano e social do delito com a racionalidade e eficácia típicas da denominada "prevenção primária". A "seletividade" do fenômeno delitivo e a conhecida relevância de outras técnicas de intervenção não penais para evitá-lo constituem os dois pilares dos programas prevencionistas.

Tradicionalmente depositou-se demasiada confiança no Direito Penal (função preventivo-geral da pena). Operando-se, ademais, com um diagnóstico extremamente simplificador do "mecanismo dissuasório" que a ameaça do castigo desencadeia. A prevenção do delito, de fato, era prevenção "penal", isto é, prevenção mediante a

pena. E se associava, com notório equívoco, a eficácia dissuasória da pena com seu rigor e severidade, sem ponderar outras variáveis sem dúvida também relevantes.

A moderna criminologia, sem embargo, parte de três postulados bem distintos, que contam com um sólido aval científico: da intrínseca nocividade da intervenção penal, da maior complexidade do mecanismo dissuasório e da possibilidade de ampliar o âmbito da intervenção, antes circunscrita ao infrator potencial, incidindo em outros objetos.

Parece óbvio hoje que devemos reservar a "pena" a casos de estrita necessidade, porque uma intervenção desta natureza (penal) é sempre traumática, cirúrgica, negativa; é negativa para todos por seus efeitos e seu elevado custo social. Faltando outros instrumentos, a pena pode ser imprescindível, porém não é uma estratégia racional para resolver conflitos sociais: não soluciona nada. De fato, os incrementa e potencia; estigmatiza o infrator, desencadeia a sua "carreira criminal", consolidando seu *status* de "desviado" (desviação secundária), e faz com que se cumpram fatalmente as sempre pessimistas expectativas sociais a respeito do comportamento do ex-condenado (*self-fulfilling-prophecy*). Por outra parte, a suposta eficácia preventivo-geral da pena, tal e como é formulada pelos juristas e teóricos da prevenção geral, não deixa de ser, provavelmente, mais que uma pálide e ingênua imagem da realidade, à luz dos conhecimentos empíricos atuais.

Em segundo lugar, investigações realizadas sobre a efetividade do castigo, demonstram que o denominado "mecanismo dissuasório" é muito mais complexo do que se imaginava. De fato, os modelos teóricos de que se utiliza a moderna Psicologia enriquecem a equação "estímulo/resposta", interca-

lando outras muitas variáveis. Dito de outra maneira, a maior ou menor eficácia contramotivadora ou dissuasória da pena não depende só nem fundamentalmente de sua severidade, senão de outras muitas variáveis; sobretudo, de como são percebidas e valoradas pelo infrator potencial. Assim, por exemplo, a imediatidade com que se imponha o castigo (imediatação estímulo/resposta), o grau de probabilidade de que efetivamente seja aplicada (infallibilidade e percepção do risco), gravidade e conteúdo real do castigo (rigor real *versus* rigor nominal), ponderação subjetiva de outras conseqüências imediatas anteriores ao eventual cumprimento do castigo (v.g., prisão preventiva, seqüestro de bens etc.), respaldo informal que, em seu caso, possa receber a conduta desviada ou o infrator e capacidade de redefini-la, classe de delito de que se trata (criminalidade instrumental ou expressiva), maior ou menor condicionamento do infrator etc.

Em conseqüência, não cabe incrementar progressivamente a eficácia dissuasória da pena aumentando, sem mais, seu rigor nominal; nem sequer alcançando um maior rendimento e efetividade do sistema legal. O primeiro atemoriza, não intimida. O segundo multiplica o número de punidos a curto prazo, porém não é uma estratégia válida a médio nem a longo prazo. Porque, dentre outras razões, a eficaz prevenção do crime é um problema de todos e não só do sistema legal e de seus agentes.

Finalmente, é óbvio que cabe prevenir o delito não só contramotivando o infrator potencial com a ameaça do castigo (contra-estímulo psicológico), senão de outros muitos modos, com programas que incidam em diversos componentes do seletivo fenômeno delitivo: no espaço físico, nas condições ambientais, no clima social, nos grupos de vítimas potenciais, na população re-

clusa etc. Por exemplo, neutralizando as variáveis espaciais e ambientais mais significativas do problema delitivo (programas de base ecológica, arquitetônico-urbanística, territorial), melhorando as condições de vida dos estratos sociais mais oprimidos dando-lhes as correspondentes prestações (programas de luta contra a pobreza), informando, conscientizando e assistindo aqueles grupos com maior risco de vitimização (programas de prevenção de vítimas potenciais), procurando a reinserção efetiva dos ex-reclusos, uma vez cumpridas as penas, a fim de evitar a reincidência, atenuando, na medida do possível, o magistério criminógeno de certos valores sociais (oficiais ou paralelos), cuja leitura ou percepção pelo cidadão médio gera atitudes delitivas etc.

7. Por último, a criminologia pode subministrar, também, uma informação útil e necessária para a intervenção no homem delinqüente

Assistimos, sem dúvida, à crise da denominada "ideologia do tratamento", ao clamoroso e inevitável fracasso dos programas de ressocialização do delinqüente. Prova disso são as recentes investigações norte-americanas, escandinavas e britânicas que trazem um resultado pouco encorajador: tratando-se da reincidência, não se obtêm melhores índices em reclusos submetidos a um tratamento supostamente reabilitador, comparando-os com outros que foram objeto de mera custódia ou vigilância. Forçoso é reconhecer que o atual desencanto se justifica. Mas não podiam ser outros os resultados de um tratamento ressocializador concebido como "intervenção clínica" na pessoa do condenado durante e mediante a execução da pena, sempre no seio da Administração Penitenciária, dirigido a produzir uma transformação qualita-

tiva positiva, benévola, do infrator, unidirecional, sem participação da sociedade ou da vítima, tal como fosse um parêntese irreal na vida do infrator (incapaz de neutralizar suas carências biográficas, seus deficitários processos de socialização ou os reclamos crimínógenos do submundo a que aquele se incorporará uma vez sofrida a pena).

Pedir uma modificação "qualitativa" da pessoa do delinqüente, "um novo homem", é, sem dúvida, pedir demasiado. Esperar tal milagre da intervenção penal é desconhecer as atuais condições de cumprimento da pena privativa de liberdade e o efeito que esta produz no homem real do nosso tempo segundo a própria experiência científica. Não parece fácil que o Estado garanta a ressocialização do condenado, quando *não é capaz nem sequer de assegurar sua vida, sua integridade física, sua saúde*. Em todo caso, circunscrever o tratamento ressocializador a uma intervenção clínica na pessoa do condenado durante o cumprimento da pena, é algo insatisfatório, porque o problema da reinserção tem um conteúdo funcional que transcende à mera e parcial faceta clínica; porque, de outro lado, tal responsabilidade é de todos, não só da Administração Penitenciária e ainda porque, em consequência, a intervenção reclama um conjunto de prestações "pós-penitenciárias", atendendo à situação e necessidades do ex-recluso quando se reincorpore em seu meio social, familiar, laboral etc.

E esse lógico clima de cepticismo representa um duplo perigo. De uma parte, pode alimentar respostas regressivas e políticas criminais de inusitado e desnecessário rigor, de imediata repercussão no regime penitenciário (interpretação restritiva de todos os institutos do sistema progressivo). O atual desencanto seria, de fato, um mero pretexto para o retorno rumo ao tradicional Direito Penal retributivo. De outro,

debilita a norma constitucional consagrada no art. 25 da Carta Magna espanhola (N. do T.: esse dispositivo determina que toda pena privativa de liberdade tem que se dirigir à ressocialização do condenado), que não é uma declaração de boa vontade do legislador, senão uma norma jurídica obrigatória que vincula todos os poderes do Estado.

Em consequência, e para garantir uma intervenção ressocializadora do delinqüente, correspondem à Criminologia três tarefas: a primeira consiste em esclarecer qual é o “impacto real da pena” em quem a cumpre: os efeitos que produz dadas suas atuais condições de cumprimento, não os fins e funções “ideais” que assinalam àquelas os teóricos ou dogmáticos desde posições “normativas”. Esclarecer e desmitificar referido impacto real para neutralizá-lo, para que a inevitável potencialidade destrutiva inerente a toda previsão de liberdade não torne indelével, irreversível. Para que a privação de liberdade seja somente isso: privação de liberdade e nada mais. Porém, privação de liberdade “digna”, de acordo com os parâmetros culturais muito mais exigentes do nosso tempo. Que não incapacite definitivamente o condenado e torne inviável seu posterior retorno à comunidade uma vez cumprido o castigo. Em segundo lugar, desenhar e avaliar programas de reinserção, entendendo esta não em sentido clínico e individualista (modificação qualitativa da personalidade do infrator), senão funcional; programas que permitam uma efetiva incorporação sem traumas do ex-condenado à comunidade jurídica, removendo obstáculos, promovendo uma recíproca comunicação e interação entre os dois membros (indivíduo e sociedade: não se trata de intervir somente no primeiro), levando a cabo uma rica gama de “prestações positivas” em favor do ex-condenado (p. ex.: técnica de solução de problemas,

melhora de sua auto-estima, incremento de habilidades sociais etc.), bem como de terceiras pessoas próximas ao condenado, quando este retorne ao seu mundo familiar, laboral e social (a possível intervenção não deve terminar no dia da liberação do condenado, até porque a própria pena prolonga seus efeitos reais muito mais além do tempo fixado e tampouco cabe dissociar o ex-condenado de seu meio ou entorno). Em terceiro lugar, mentalizar a sociedade de que o crime não é um problema só do sistema legal, senão de todos. Para que a sociedade assuma a responsabilidade que lhe corresponde e se comprometa na reinserção do ex-condenado. De maneira que o crime seja “compreendido” em termos “comunitários”: como problema nascido “na” e “da” comunidade à qual continua o infrator pertencendo. Devem ser procurados mecanismos eficazes para que essa mesma comunidade receba dignamente a um mais de seus membros. A chamada “Psicologia Comunitária” já conta com alguma experiência sobre a viabilidade de tais programas.

8. Criminologia, política criminal, dogmática penal e reforma penal

O saber criminológico, conforme já foi dito, tem uma clara vocação prática: nasce do estudo e da observação do crime histórico e concreto que existe em uma sociedade e está inclinado a retornar a essa mesma realidade, para transformá-la e melhorá-la. O que distingue uma política criminal científica e moderna de uma atitude puramente despótica, do chamado despotismo não ilustrado, ou do mero decisionismo político, não é outra coisa que a perfeita ordenação entre a criminologia, a política criminal e o sistema normativo (dogmática) penal.

Todo processo de reforma penal tem três momentos ou fases perfeitamente

diferenciáveis desde um ponto de vista conceitual: uma fase empírica, uma segunda fase político-criminal e uma terceira estritamente técnico-jurídica. Todo processo de reforma penal pressupõe um conhecimento da realidade criminal histórica e concreta da sociedade à qual ela se dirige. Dificilmente acertará o legislador se não tem uma informação adequada, obtida com métodos empíricos confiáveis, a respeito do perfil, tendências, variáveis, distribuição e quantificação da criminalidade que trata de controlar. Em segundo lugar, toda reforma cientificamente meditada, implica na prévia avaliação, em termos político-criminais, das diversas alternativas que se oferecem aos poderes públicos em forma de estratégias, programas, técnicas de intervenção na realidade social, e a consequente adoção de decisões em torno ao modelo mais adequado à efetividade e o custo social que as respectivas opções representam. Traçados os objetivos que se buscam, deve-se escolher os meios mais adequados para alcançá-los.

Finalmente, toda reforma penal exige uma instrumentação técnica das decisões político-criminais previamente adotadas com base no conhecimento científico criminológico da realidade social, a fim de que tais decisões previnam eficazmente o delito, respeitando escrupulosamente as exigências "garantistas" que o Estado de direito tem que fazer valer. Do mesmo modo que a medicina atual não compreenderia o ingresso em uma sala de cirurgia de um enfermo sem a prévia realização das provas analíticas e radiológicas ou a confrontação e debate sobre diagnósticos contrapostos (indicação da própria intervenção cirúrgica ou prescrição de tratamentos ou outras técnicas de intervenção), tampouco cabe empreender uma reforma penal sem um conhecimento criminológico prévio da realidade de criminal à qual se dirige e sem um

debate político criminal científico em torno das possíveis opções e estratégias.

9. Vítima e Justiça Penal

As atitudes da vítima frente ao sistema legal (confiança, alienação, rechaço etc.) e o seu comportamento (comunicação do delito ou abstenção etc.) condicionam, significativamente, como já se indicou, o grau de rendimento do próprio sistema penal, qualquer que sejam os indicadores e critérios de medição da "efetividade" deste. Mas a Justiça Penal pode e deve ser também avaliada desde o ponto de vista da *qualidade*, o que não depende só da correção lógica do seu aparato "normativo", da capacidade e destreza dos operadores do sistema ou do volume de criminalidade detectado por suas agências e castigado. Uma avaliação da Justiça Penal parece obrigado a ponderar quatro fatores e em todos eles tem um papel destacado a vítima do delito: como ela concebe o fato delitivo e que papel confere a seus protagonistas; em que medida satisfaz as expectativas destes protagonistas; qual é seu custo social e quais são as atitudes dos usuários atuais e potenciais da mesma.

No modelo clássico de Justiça Penal, o crime é concebido como um conflito formal, simbólico e bilateral entre Estado e infrator. O sistema contempla a vítima não como sujeito de direitos, senão como mero objeto ou pretexto da investigação. Esta não persegue fundamentalmente a reparação do dano do delito, senão satisfazer a pretensão punitiva do Estado, castigando o culpado. O delinquente contrai uma dívida com o Estado, nascida de uma sentença condenatória, que se desvincula do fato cometido e da pessoa da vítima. A intervenção do sistema legal despessoaliza o conflito entre o delinquente e a vítima, isto é, neutraliza esta última e abre um abismo definitivo, irreversível

vel, entre os dois protagonistas do acontecimento delitivo, redefinindo-o simbolicamente (o infrator se coloca frontalmente contra a "lei", a vítima é o "Estado" etc.). O sistema legal, em consequência, só cuida da dívida que o delinqüente contraiu com o Estado. A solução do conflito delitivo é, também, uma solução formal, impessoal: não intervm critérios materiais nem de utilidade individual (interesse do infrator ou da vítima) ou social (da comunidade). Seu implacável automatismo não guarda correspondência alguma com a rentabilidade de sua intervenção nem com os elevadíssimos custos sociais da mesma.

O marco de expectativas, por outra parte, parece muito pobre. Do infrator o sistema legal só espera o cumprimento da pena (que, por certo, não lhe reabilitará) e, muito ocasionalmente, a satisfação das responsabilidades civis derivadas do delito, em favor da vítima (ainda que não seja sempre a pretensão única nem prioritária desta), que resulta muito fácil de descumprir, bastando invocar a permissiva e sistematicamente fraudulenta declaração de insolvência. De "seu" infrator, a vítima costuma esperar, sem êxito freqüentemente, muito mais: não só castigo e compensação econômica, senão também atitudes e comportamentos "pessoais", não "processuais" (arrependimento, disponibilidade, pedido de desculpas etc.), que pressuporiam um "reencontro" e "relação interpessoal" impensáveis no marco rígido e pouco comunicativo do atual processo. E do sistema penal, a vítima espera o tratamento que merece um leal colaborador do mesmo, que solicita a tutela judicial por haver padecido os efeitos de um delito. Espera informação compreensível, resposta pronta e justa à sua demanda e reparação eficaz do mal que lhe foi causado; são, fundamentalmente, expectativas não muito ambiciosas que, no entanto, também serão frustradas.

Parece, pois, necessário desenhar um novo modelo de Justiça Penal, de face humana e de maior qualidade. Ponto de partida deste novo modelo deve ser a concepção do delito como problema e como conflito interpessoal e histórico que congloba, na maioria dos casos, dois seres humanos concretos: delinqüente e vítima. Com realismo, pois, aceitando que a vítima não é uma criação jurídica (o sujeito passivo ou titular abstrato do bem jurídico protegido), senão um protagonista do drama criminal, sujeito de direitos e destinatário (usuário) último do sistema, a quem este deve servir. Objetivar e institucionalizar a resposta oficial ao delito, desapaixonadamente, mantendo distância entre os contendores, é imprescindível. Rodeá-la de ritos e símbolos, pode ter justificação. Porém despersonalizar referida reação, redefini-la em termos puramente formais, equivale a convertê-la em um fim em si mesma, esquecendo sua verdadeira função institucional, desconectando-a da sociedade.

Um enfoque mais profundo do problema criminal obriga, ademais, a ponderar sua vertente "comunitária". O delito não é um enfrentamento simbólico entre o infrator e o Estado, senão a expressão de um conflito entre três protagonistas: delinqüente, vítima e comunidade. Três protagonistas cujo marco de expectativas recíprocas é necessário redefinir com maior ambição, longe do enfoque formalista e simbólico tradicional. Esta dimensão social e comunitária deve ser sentida no momento de arbitrar soluções para o problema criminal, reclamando solidariedade e custos razoáveis (custos sociais).

De outra parte, a vítima exige um modelo de Justiça comunicativo e resolutivo.

Comunicativo no sentido de propiciar o diálogo entre as partes implicadas

no conflito (entre vítima e sistema, entre vítima e infrator etc.), a interação. A vítima não pode continuar sendo mero objeto da investigação judicial, senão um partícipe ativo desta, um sujeito de direitos, informado, atento, colaborador e responsável também pela sua marcha. Comunicativo, também, quanto à relação entre a vítima e o infrator. O sistema legal distancia ambos para evitar respostas emotivas, passionais: porém sua intervenção formal não deve despersonalizar o conflito, tornando incomunicáveis definitivamente seus protagonistas. Resulta utópica a pretendida "ressocialização" do infrator, se a própria mediação do sistema legal radicaliza o enfrentamento e fecha as portas para toda possibilidade de diálogo entre os contendores; o infrator nem sequer toma consciência do mal causado porque a total ausência do mais elementar contacto com "sua" vítima impede uma percepção pessoal e direta dos efeitos do delito. A Justiça Penal não pode ser o principal obstáculo para o reencontro do delinqüente com a vítima, naquelas hipóteses onde este reencontro seja viável e positivo.

Por último, para que a Justiça Penal recupere sua face humana, tem que ser orientada mais ao homem que à lei mesma e resolver efetivamente seus problemas. Tem que ser *resolutiva*. Desde o ponto de vista da vítima do delito e da comunidade isto significa

que a reparação do dano produzido pelo fato delitivo se converte em um dos seus objetivos prioritários. Porque castigar, em todo caso, não resolve nada, enquanto que a reparação do dano é sempre necessária. A pena não soluciona os problemas da vítima nem é útil para o delinqüente e, ademais, tem um elevado custo social. A reparação convém a todos. E reparar o mal do delito não significa necessariamente indenizar a vítima, pois nem todos os efeitos mais perniciosos do delito são de natureza econômica; tampouco a compensação pecuniária é a única ou principal modalidade reparatória. O catálogo de conseqüências jurídico-penais deve ser ampliado, acrescentando ao seu pouco imaginativo elenco atual, quando sejam indicadas, prestações pessoais do infrator em favor da vítima (de "sua" vítima, de outras vítimas ou da comunidade em geral). Uma pena privativa de liberdade de curta duração, p. ex., tem escassa utilidade e, com exceção de uns raros casos, nunca é cumprida. Sem embargo, sua substituição por prestações pessoais do culpado pode expressar postulados de adequação e congruência entre o delito e a pena e repercutir em benefício de grupos vitimizados ou da comunidade em geral (trabalhos comunitários, prestações pessoais e favor de entidades benéficas, atividades assistenciais etc.).

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

DOUTRINA INTERNACIONAL

SOBRE O ESTADO ACTUAL DA DOUTRINA DO CRIME

1ª Parte*

*Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito***

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

*À lembrança do meu Mestre,
Prof. Doutor Eduardo Correia*

I — A generalidade dos *tratamentos globais* da doutrina do crime em Portugal pode transmitir a impressão de que eles se não afastam, de forma sensível, dos que se tornaram correntes nas exposições sistemáticas subsidiárias do *normativismo* de raiz neokantiana. Poderia assim parecer que o pensamento jurídico-penal português sobre a doutrina do crime não teria tomado em conta — ou na conta devida — a crítica a que, sobretudo por obra da *doutrina da acção final*, foi submetido o sistema construtivo do conceito de crime.

* Esta primeira parte foi publicada na Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, n. 1, 1991.

** Algumas das idéias em seguida propostas foram por mim defendidas já no Relatório que apresentei a provas para catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, em 1977, e depois no meu artigo “Direito Penal e Estado-de-Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, publicado na Revista de Direito Penal, 31, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 38. A 2ª parte do presente artigo — sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade — será publicada noutro número do ano I desta Revista.

Uma tal impressão seria enganadora. Com efeito, uma análise mais próxima dos referidos tratamentos mostra¹ que as concepções neles perfilhadas são, pelo contrário, produto da atenção dispensada às teses da doutrina da acção final e ao poderoso movimento dogmático que a partir delas se desenvolveu, na Alemanha e fora dela. E uma tal conclusão ainda mais se radica se se tiver em conta, para além dos tratamentos de carácter global, a já extensa — e na generalidade dos casos altamente meritória — actividade de investigação *monográfica* de temas da doutrina geral do crime ou com ela estreitamente relacionados que, sob a forma de dissertações, de doutoramento e de mestrado, e de artigos de revista, de há duas décadas a esta parte vem tendo lugar nas Faculdades de Direito das Universidades portuguesas.

Pode mesmo perguntar-se se do conjunto daqueles tratamentos e destas investigações não resulta uma *imagem global do sistema jurídico-penal* diferente da que derivava quer da construção de raiz normativista, quer da de raiz finalista; e justamente caracterizada por levar em conta tanto as objec-

ções críticas levantadas à perspectiva finalista, como as proposições que resistiram ao confronto desta perspectiva com a normativista. Mas nem por isso se qualificaria com razão de “intermediário” um tal esboço sistemático, como se ele quisesse limitar-se a representar uma qualquer *via per mezzo* entre aquelas construções. Decerto, esta nova concepção acabará por traduzir-se ou numa certa “normativização da finalidade”, ou inversamente numa certa “finalização da normatividade”, consoante o acento tônico da construção se ponha naquela ou nesta estrutura (permitindo-me sugerir não dever ver-se aqui apenas um jogo de palavras²). Mas a intenção nela implícita não deve reduzir-se à vontade de cortar ao meio entre dois extremos, antes, no meu modo de ver, radica numa posição de céptico *relativismo*³ tanto sobre a estrutura ontológica, ou mesmo só ôntica, dos conceitos jurídicos, como simultaneamente sobre o domínio ilimitado das valorações normativas.⁴ Mais do que isso, o sistema emergente parece comandado pela profunda convicção de que a construção do conceito de crime há-de apresentar-se como decisivamente *teleológica, funcional e racional*, possuindo a partir daqui os seus próprios postulados e as suas próprias convicções.⁵

Devo dizer ser também deste terreno que se nutre o meu pensamento. Em todo o caso com especialidades que creio de algum significado; e que não se estranhará que existam num momento da evolução em que não pode ainda falar-se de um *novo* paradigma da doutrina do crime já perfeitamente definido e estabilizado, senão que de tentativas de repensamento de antigos paradigmas. Tendo em todo o caso a ligá-las certas concepções básicas sobre o fundamento, o sentido e os limites da intervenção penal; ou, se quiséssemos dizê-lo de forma mais directa

mas não por isso menos correcta, certas concepções básicas da *política criminal*.⁶ Não é minha intenção, nas considerações seguintes, operar uma tentativa de revisão de todo este núcleo de pensamento, ou sequer determinar em que ponto estamos hoje, a nível tanto da dogmática jurídico-penal portuguesa como das dos países mais despertos para este tipo de questões, quanto à construção de — se me é lícito parafrasear o título da conhecida obra escrita há quatro décadas por Welzel — uma “nova imagem do sistema jurídico-penal”.⁷ Proponho-me, bem mais modestamente, discutir e tornar, se isso for possível, um pouco mais claro o fundamento de algumas opções dogmáticas que, em meu juízo, devem ser tomadas no contexto de uma concepção teleológica, funcional e racional da doutrina do crime; bem como chamar a atenção para um ou outro ponto até agora insuficientemente discutido e que todavia reputo de grande relevo neste contexto. Fá-lo-ei de maneira fragmentária, lacunosa e despidida de intenção polémica; procurando desta forma auxiliar, na medida em que tal se torne possível, o prosseguimento de uma discussão frutuosa à roda da doutrina do crime.

II — A discussão a que venho de aludir constitui prova de vitalidade da nossa disciplina. Se perspectivas houve que pareciam ir ganhar, em certas épocas, predominância absoluta — a perspectiva “positivista-naturalista”, primeiro; a perspectiva “normativista de raiz kantiana”, depois; a perspectiva “ontológico-finalista”, por último —, nunca faltaram orientações divergentes a porem em causa as conclusões obtidas. Isto é fruto, em boa parte, de a teoria do crime constituir um dos mais ingentes esforços de abstracção a que até hoje se abalançou o pensamento jurídico: impossibilitada, até agora, de lograr com êxito uma apreciação unitária e sincrética do seu objecto essencial.

al,⁸ viu-se sempre perante a necessidade de análise e de dissociação, cindindo aquele objecto numa pluralidade de elementos parcelares e transformando a simultaneidade entitativa numa sucessão lógica.⁹ Daqui que os pontos de vista filosóficos, metodológicos e materiais com os quais se parte para a análise e a posterior justaposição daqueles elementos venham a reflectir-se, com força potenciada, na arquitectura do crime. Mas daqui também que se torne possível influenciar a construção sistemática pela teleologia própria de um pensamento que, ao fim e ao cabo, há-de servir necessidades muito concretas de prevenção, controlo e domínio do fenómeno social da criminalidade.¹⁰ Neste contexto o problema metodológico volta a ganhar particular ressonância, nomeadamente quanto à questão de saber — para me exprimir através de uma fórmula aproximativa, mas que ganhou foros de cidadania — até onde o pensamento do “problema” pode introduzir-se no (ou mesmo sobrepor-se ao) pensamento do “sistema”, até há não muito tempo dominante na doutrina do crime. Há todavia nesta questão uma dupla vertente que valerá a pena evidenciar.

1. Uma das vertentes, logo contemplada desde os primórdios da crítica à doutrina da acção final, respeita à decisão sobre se a doutrina do crime deve apresentar cunho estritamente normativo ou se, pelo contrário, deve considerar-se ontologicamente — melhor se diria: onticamente — predeterminada de forma absoluta. Na resposta continua ainda hoje válida uma consideração crítica de toda a alternativa. A “matéria” de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é “previamente dada” através de princípios e de estruturas de desenvolvimen-

to ônticas, éticas e — sobretudo — sociais. Mas com o reconhecê-lo não fica resolvido o *problema* jurídico: importará sempre ainda escolher entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma *valoração autónoma*, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da valoração jurídicas do concreto problema em causa.

Assim se erige a autonomia da valoração — pelo menos uma autonomia *relativa*, dentro das “possibilidades” que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato — em momento essencial do pensamento jurídico-penal. Quando porém, em seguida, se afronta a questão do *critério ou critérios da valoração*, não parece suficiente dizer que o legislador os escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de os ir buscar à lei.¹¹ A solução terá antes de alcançar-se por uma via apontada para a “descoberta” (ou “criação”) de uma solução *justa* do caso concreto e simultaneamente *adequada* ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal. Isto supõe o que tenho chamado¹² de “penetração axiológica” do problema jurídico concreto e que, no âmbito do direito penal, tem de ser feita por apelo ou com referência a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal.¹³

Por esta via se rejeita o puro dedutivismo conceitual (típico de uma “jurisprudência dos conceitos”, ainda que “teleológica”) que infelizmente se não pode dizer de todo ultrapassada na doutrina do crime. Mas rejeita-se por igual a legitimidade de, a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, se extrair delas, por necessidade, a solução de problemas jurídicos prático-normativos. Também nas questões de que trata a doutrina do crime a atenção prioritária deve ser concedida a considerações de concreta justiça material no seio do sistema político-

criminalmente dirigido, não a ilações retiradas dos dados pré-jurídicos ou do sistema formal-legal. Também relativamente àquelas questões a função primordial da dogmática haverá de consistir em — partindo de uma casuística tão larga mas escolhida quanto possível¹⁴ — estabelecer a formulação de critérios de valor funcional-teleologicamente orientados, que não serão, no fim de contas, coisa substancialmente diversa de “princípios” ou “tópicos”¹⁵ servidores do discurso, da argumentação e do consenso.

A previsível objecção de que o conteúdo de sentido do princípio da legalidade jurídico-penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) conduziria à recusa, ao menos em extensas zonas da doutrina do crime, do essencial do pensamento tópico e argumentativo;¹⁶ ou, ainda mais, obrigaria mesmo a uma metódica conceitualista e subsuntiva, para a qual a lei formal constituiria em todos os casos o fundamento e o limite¹⁷ — uma tal objecção não consegue a meus olhos prevalecer. Há de facto em toda a construção da doutrina do crime um momento “inicial” de mera subsunção formal, imposto pelo aludido princípio (aliás, ele mesmo, político-criminalmente fundado e participando por isso da específica teleologia do sistema)¹⁸ e justificado pela função de garantia que lhe cabe nos quadros do Estado de Direito. Uma vez ultrapassado, porém, este momento inicial — correspondente à subsunção do comportamento no *tipo-de-garantia*¹⁹ que o princípio da legalidade jurídico-constitucionalmente postula —, toda a construção da doutrina do crime não se encontra submetida a qualquer limitação ou exigência de ordem formal-subsuntiva e pode integrar-se completamente na orientação metodológica sugerida.

2. A outra vertente do problema metodológico da doutrina do crime reside

na indispensabilidade, apesar do que atrás ficou dito, do *sistema* e do *pensamento sistemático*. Na frase paradigmática de Roxin, “o sistema é um elemento irrenunciável do direito penal de um Estado de Direito”.²⁰ O trabalho com os “casos” jurídico-penais seria, sem ele, irrealizável: e não só por razões ligadas à *segurança* na aplicação do direito, aliás particularmente imposta tanto pela ordem de legitimação como pela própria teleologia da intervenção penal; mas porque fora do sistema ou independentemente dele não haveria nunca garantia de ser encontrada a solução *justa e adequada* para um caso jurídico-penal. Por isso o pensamento do problema tem, no âmbito de que aqui se trata, de coexistir forçosamente com o pensamento do sistema. De que forma tal se torna possível é uma questão cuja resposta, para poder ser por um lado convenientemente explicitada e por outro concludentemente fundamentada, exigiria desenvolvimentos aqui descabidos. Bastar-me-ei com algumas notas breves que, espero, mostrarão ao menos a possibilidade de uma tal coexistência e indicarão a possibilidade de uma via (indispensável) de interpenetração ou integração.

O sistema jurídico-penal — constituindo embora um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui por sua vez um subsistema do sistema social global — possui de todo o modo a sua teleologia própria, a sua específica índole funcional e a sua racionalidade estratégica. Ele é, nesta acepção e nesta medida, mais que um sistema autónomo, na verdade, um *sistema autopoiético*.²¹ Esta confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da doutrina do crime não significa porém a recusa de intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidade normativas naquela doutrina e o

pronunciamento a favor de argumentos de pura “engenharia social”.²² Quem conheça, mesmo que perfunctoriamente, os desenvolvimentos mais recentes da doutrina do crime e dos seus pressupostos fundamentais sabe que uma tal oposição não se dá e que, em vez dela, o que entre aquelas concepções intercede é uma relação dialéctica capaz de conduzir, no fim, a uma *unidade axiológico-funcional*. A menção de dois pontos procurará revelar exemplarmente o bom fundamento desta conclusão.

a) A legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores — como derivada, *hoc sensu*, de exigências “metafísicas” —, mas unicamente de critérios funcionais de *necessidade* (e de consequente *utilidade*) social. Por isso a aplicação da pena não mais pode fundar-se em exigências de retribuição ou de expiação da culpa, mas apenas em propósitos preventivos de estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na validade da norma violada.²³ O que por sua vez permite (ou mesmo impõe) uma directa ligação desta via de legitimação à questão da função do direito penal, agora definitivamente dessacralizada ou secularizada: uma tal função não reside na defesa ou realização de uma qualquer ordem moral, mas tão-só na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica jurídico-constitucional.²⁴ Aquele ponto de vista fundamental, que todavia poderia ser-se tentado a desqualificar como relevando da pura tecnologia ou engenharia social, é o primeiro responsável pelos ganhos axiológicos do sistema jurídico-penal mais significativos da última década; ao mesmo tempo que tem contribuído da forma mais decisiva para um tratamento *justo e adequado* dos casos jurídico-penais. Resultados dogmáticos

muito recentemente alcançados em temas como os do âmbito de protecção (ou área de tutela) da norma, da extensão das causas de justificação (nomeadamente da legítima defesa, do direito de necessidade e do consentimento), da falta de consciência do ilícito, do estado de necessidade desculpante, da tentativa impossível, do domínio do facto, etc., constituem exemplos frisantes do que acaba de afirmar-se.

b) Para definição de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da doutrina do crime é, como disse, decisivo o estabelecimento das finalidades político-criminais primárias do sistema. Neste contexto já eu pude — participando na tentativa de erigir o que amanhã poderá vir a ser a Constituição Político-Criminal da Europa Comunitária — apontar cinco princípios básicos: o da legalidade, o da congruência entre a ordem legal dos bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional, o da culpa, o da socialidade e o da preferência pelas reacções criminais não detentivas face às detentivas.²⁵ É difícil excogitar princípios mais claramente do que estes determinados finalisticamente segundo um programa de estratégia e de utilidade sociais. E no entanto este mesmo programa, se condiciona — como hoje seguramente se sabe²⁶ — todo o sistema da doutrina do crime (devendo os conceitos integrantes desta doutrina ser, todos eles, teleológico-funcionalmente determinados *a partir daquele programa*), radica por outro lado em claras ideias axiológicas, critérios de valor e intencionalidades normativas. O que se passa com o *tournant* hoje experimentado pelo conceito de culpa como elemento integrante da doutrina do crime constitui disso prova evidente: são justamente a secularização sofrida pelo fundamento da intervenção penal e o ver-se a função desta na estabilização contrafactica de expectativas

comunitárias que conduzem a eliminar a compensação da culpa (ou retribuição) do âmbito das finalidades da pena. Mas é por sua vez esta eliminação — e a correspondente função de *limite* da intervenção penal que à culpa se assinala²⁷ — que permite dissociar o conceito jurídico-penal de culpa das querelas irresolúveis sobre o livre-arbítrio e do (pernicioso e político-criminalmente insustentável) dogma da “culpa da vontade”, para a ancorar na exigência (absoluta!) de respeito pela *dignitas humana*.²⁸ Idéia esta que todos certamente considerarão a menos finalística, pragmática e tecnológica e, pelo contrário, a mais terminantemente axiológica e normativa de todo o sistema jurídico próprio de um Estado de Direito.

3. Dito isto, parece-me apontado o essencial para a assunção de uma atitude metodológica correcta no trabalho sobre a doutrina do crime. Do que nela se trata é, em último termo, de encontrar soluções *justas e adequadas* para concretos problemas da vida de relação comunitária. Esta tarefa não pode porém ser cumprida com êxito apelando *directamente* para objectividades ou intencionalidades adequadas à Ideia de Direito, ou mesmo para puros princípios ou considerações de valor fundados em uma qualquer axiologia pressuposta. Pois assim se tornaria a resolução do caso e o alcance da almejada “justiça material” função de um puro *jogo de lotaria*,²⁹ individual e comunitariamente insuportável e que representaria o retrocesso de mais de um século na evolução da ciência do direito penal. Antes o caso concreto tem de ser funcionalmente projectado no contexto do sistema teleológico-racional do direito penal, aí tratado e — ao menos de forma provisória — resolvido. Não fica com isto de todo excluída a possibilidade (decerto, em todo o caso, rara e excepcional) de a solução encontrada se re-

velar injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema. Nesta hipótese a “justiça do caso” deve sempre sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas; mas também conduzir ao reexame ou ao reajustamento do significado, meramente operacional e coadjuvante, dos conceitos para a aplicação ou realização do direito. Assim se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que “cerrado”, um “sistema aberto”;³⁰ um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da racionalidade e da funcionalidade do sistema, reclamam novas soluções.

Um exemplo ilustrará esta situação.³¹ Um advogado comete uma infração cambial, provando-se todavia que actuou no convencimento errôneo de que a sua conduta constituía não um crime, mas uma mera contra-ordenação. Como deve o agente ser tratado? O que equivale a discutir a questão da relevância ou irrelevância jurídico-penal do erro e, eventualmente, da sua forma de relevância (arts. 16º e 17º do CP). Pretender resolver este “caso” sem apelo ao *sistema* jurídico-penal, às suas categorias e aos seus conceitos — o tipo-de-ilícito, o dolo, a culpa... —, seria tarefa vã: só por essa via se alcançará a conclusão de que o *problema* ali suscitado interroga a mesma zona problemática que a doutrina do crime conhece sob a epígrafe de “falta de consciência do ilícito”. Chegados aí, porém, a solução parece óbvia: a consciência cuja falta releva em direito penal não se dirige ao “ilícito” como momento constitutivo do conceito de *crime* e do respectivo sistema, mas unicamente à “ilicitude” (geral) como sentido de desvalor ligado pela ordem jurídica

como um todo a uma concreta condu-
ta.³² Assim pois, no nosso caso, o erro
do agente será jurídico-penalmente ir-
relevante. E todavia, tanto a justeza
como a funcionalidade desta solução
podem hoje legitimamente ser postas
em causa; chamando-se sobretudo a
atenção para que as exigências políti-
co-criminais da punição (ou não-puni-
ção) do agente são aqui substancial-
mente *as mesmas* que naqueles casos
em que ele actua sem consciência da
antijuridicidade (geral), pelo que o erro
deverá ter a mesma relevância e a mes-
ma forma de relevância. E se essa for a
solução correcta do caso, lembrar-se-á
então, por um lado, que o sistema jurí-
dico-penal português assenta numa
distinção *material* entre crime e con-
tra-ordenação;³³ e sairá reforçada, por
outro lado, a ideia de que o ilícito de
que no sistema jurídico-penal se trata
não se dissolve numa “antijuridicidade
geral” (como quer que ela deva conce-
ber-se em definitivo), mas é um ilícito
“especificamente jurídico-penal”.³⁴
Que esta última ideia pode constituir
ponto de charneira para revisões signifi-
cativas da doutrina do crime — logo por
aqui se revelando a “abertura” do siste-
ma respectivo, em função de um “caso”
jurídico-penal — é indiscutível.³⁵

Em conclusão, continua ainda hoje
válida a asserção³⁶ segundo a qual é do
problematismo próprio de cada “caso”
que há-de partir-se para a determina-
ção da totalidade normativa, sistemati-
camente enquadrada ou enquadrável.
Foi v. Savigny quem ensinou ser tarefa
da dogmática jurídica “estabelecer os
princípios que subjazem a um direito
positivo e explicitá-los sistematica-
mente”. Mas foi ele também quem afir-
mou que “cada caso deve ser tomado
como se fosse o ponto de partida de
toda a ciência, a qual deveria ser forja-
da a partir dele”.³⁷ Não existe aqui qual-
quer dissonância ou contradição: a dia-
lética já assim assinalada entre “siste-

ma” e “problema” deve valer completa-
mente para a doutrina do crime.

III — A discussão dos fundamentos
de uma certa concepção sobre a doutri-
na do crime, por mais que queira res-
tringir-se ao essencial, não pode omitir
por completo uma referência à pers-
pectiva que se assuma na questão do
sentido e função da punição. Desde
logo porque existe uma conexão
inextricável — infelizmente por muito
tempo descurada na doutrina — entre a
justificação da punição (a sua legitima-
ção e as suas finalidades) e a *função do
direito penal*,³⁸ função esta à luz da
qual hão-de ser tomadas algumas das
mais difíceis opções da doutrina do cri-
me e que há-de por sua vez ser recon-
duzida, em último termo, ao étimo
fundante da concepção do Estado e do
sistema jurídico-constitucional em que
aquela se traduz.³⁹ E depois porque se
encontram mutuamente imbrincados os
princípios que presidem à teoria da “im-
putação” (é dizer, à doutrina do crime) e
aqueles que regem a teoria da “conse-
quência jurídica” (é dizer, a doutrina
das penas e das medidas de segurança):
só a partir do sentido e das finalidades
da consequência jurídica se pode alcan-
çar a razão por que os princípios da im-
putação — da responsabilidade jurídi-
co-penal — hão-de ser estes e não ou-
tros.⁴⁰ Uma referência a esta conexão
material-sistemática oferece um apoio
metodológico muito fecundo a uma reor-
ientação da dogmática jurídico-penal.

Abandonada, quase por toda a parte,
uma justificação factual-retributiva ou
objectivo-expiatória da pena,⁴¹ a dou-
trina surgia-nos, até há não muito tem-
po, claramente bipolarizada.⁴² De um
lado deparava-se com o pensamento —
subsidiário da escola neoclássica e lar-
gamente dominante, por exemplo, na
doutrina alemã-ocidental — que recon-
duzia a justificação da pena à fórmula
“prevenção geral através de justa retri-

buição", enquanto a prevenção especial constituiria uma exigência de segunda ordem e teria o seu campo de eleição no domínio das medidas de segurança. Do outro lado encontrava-se a ideia — tão cara aos corifeus da *défense sociale*, em qualquer das suas manifestações — de que a finalidade de ressocialização do delinquente, ligada ao pensamento da prevenção especial, constitui o primeiro e decisivo fundamento da pena, sem prejuízo de esta dever continuar a distinguir-se da medida de segurança por outras vias, nomeadamente através da co-actuação do fim retributivo em relação àquela e não a esta.

Mas a situação evoluiu sensivelmente nos últimos anos, tornando-se extremamente complexa. Por um lado operou-se a já mencionada transformação radical da compreensão da ordem de legitimação e da função da intervenção penal. Por outro lado, e consequentemente, a compreensão tradicional de cada uma das finalidades da pena entrou em crise e tornou-se questionável. Pode duvidar-se da oportunidade de todos os decênios se provocar uma inversão das rotas da nossa ciência, para, anos mais tarde, nos encontrarmos de novo no ponto de partida. Mas é lícito perguntar se, com as transformações acima referidas, é só disso que agora se trata ou de algo bem mais profundo e provavelmente duradouro: de se ter perdido — de forma irreversível — a continuidade com as matrizes de legitimação tradicional de índole teocrática ou jusnaturalista, onde a legitimidade material podia ser referenciada a uma ordem axiológica reificada, preexistente, oferecida à revelação e à contemplação.⁴³

Isto vale, de forma particular, para o pensamento retributivo. É hoje geralmente reconhecido, na verdade, que a pena só pode ter por fundamento não a retribuição do mal do crime ou a sua

expição pelo agente, mas considerações de pura *prevenção*.⁴⁴ Aceitar a concepção de uma pena retributiva significaria sempre sacrificar a argumentos de *schlechte Metaphysik* e esquecer que a existência e a aplicação da pena vão em último termo buscar a sua razão de ser a motivos de *utilidade social*. Mais do que isso: assinalar à pena uma qualquer função retributiva significaria desligá-la por completo da função do direito penal como ordem de protecção de bens jurídicos.⁴⁵ Pode ainda, neste contexto, continuar a defender-se a exigência de culpa como *conditio sine qua non* da aplicação da pena e *limite* inultrapassável da sua medida: aquela será então *pressuposto* da pena, radizando a sua indispensabilidade em razões de limitação do poder punitivo do Estado, ligadas à necessidade de garantia dos direitos e liberdades do cidadão e impostas pela vertente liberal e democrática do Estado de Direito. A função da culpa não mais residirá todavia em fundamentar a aplicação da pena, mas unicamente em evitar — até por razões ligadas à desejável eficácia da prevenção — que uma tal aplicação possa ter lugar onde não exista culpa ou numa medida superior à suposta por esta⁴⁶.

Aceite este ponto de vista fica só para discutir se a primazia na fundamentação da pena deve ser conferida à ideia da prevenção geral ou antes à da prevenção especial. Mas curiosamente, quando esta questão se discute mais a fundo é precisamente quando o próprio pensamento preventivo, em qualquer das suas vertentes, parece entrar em grave crise.

A ideia da prevenção geral com o seu conteúdo tradicional — como *prevenção geral de intimidação*, na esteira do sentido que se lhe atribuiu desde Feuerbach — não consegue ultrapassar as reservas que desde há muito lhe são feitas. Nomeadamente a de que, se se

reputa em todos os casos legitimado o *quantum* de pena necessário a afastar do crime a generalidade dos cidadãos, se corre o risco de a qualquer momento a pena poder descambar em instrumento de terror e a pessoa que a sofre em objecto de medidas heterônomas que violam a sua dignidade. E são, com isto, os próprios fundamentos do Estado de Direito democrático que se vêem postos em causa.⁴⁷ Ao que acresce, noutra perspectiva, algo de muito importante: as investigações empíricas que vêm sendo dedicadas à valoração estatística do efeito de prevenção geral de intimidação não deixam de suscitar a maior perplexidade. Segundo tais investigações, e no essencial, a severidade da pena não teria qualquer efeito sensível de intimidação, enquanto o inverso sucederia com a certeza da sua aplicação e os efeitos da prontidão desta aplicação continuariam pura e simplesmente a ser ignorados.⁴⁸

Quanto à prevenção especial, não tem faltado quem queira ver nela o mais autêntico e significativo fundamento da pena; sobretudo quando aquela se concebe sob a sua forma mais relevante de prevenção especial de socialização e se passam para segundo plano as formas subordinadas da inculcação, da segurança e da advertência individual. O que estaria justificado por uma dupla consideração: a de que um direito penal socializador preenche já, no essencial, a função de prevenção geral — na medida em que, mesmo quando as sanções são pensadas primariamente em função da socialização e não da intimidação, as normas penais continuam a servir de padrão de representações da generalidade sobre o lícito e o ilícito;⁴⁹ e a de que o ingresso do delinquente numa vida conforme ao direito constitui afinal o indicador mais seguro do êxito da missão de um direito penal humano, social e protectivo.⁵⁰ Só que — é por demais sabido e não

precisa de ser aqui mais longamente explicitado —, também o pensamento da socialização do delinquente como fundamento primário da pena se encontra hoje, um pouco por toda a parte, na defensiva e se chega a falar, de várias perspectivas, da “queda do mito da ressocialização”. E isto não tanto ou não só pelos medíocres resultados que parecem ter sido até agora em geral obtidos na luta contra a reincidência, mas pela consideração básica de que é incompatível com os fundamentos do Estado de Direito qualquer intervenção *coactiva* no sentido da emenda, da reforma ou da mera socialização do delinquente.

De que forma podem e devem ser ultrapassadas as dificuldades que assim se suscitam neste campo é coisa que já em vários lugares tive ocasião de expor e me abstenho, por isso, de repetir aqui em pormenor.⁵¹ Basto-me com começar por reacentuar que, à luz de uma concepção do direito penal como ordem de *protecção de bens jurídicos* — ligada, por sua vez, a uma ordem de legitimação da intervenção penal fundada na *necessidade* de preservação das condições indispensáveis de livre realização de cada pessoa na comunidade —, a esta luz, as finalidades da pena só podem ser de natureza exclusivamente *preventiva* e não retributiva; e entre aquelas o predomínio absoluto não pode deixar de ser concedido à finalidade de manutenção, apesar da violação da norma ocorrida, da confiança comunitária na prevalência do direito face ao ilícito; ou dito de outra forma: à ideia da estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada.⁵² Nisto consiste essencialmente a ideia, hoje fundamental e irrenunciável, da *prevenção geral positiva* (ou de *integração*, no preciso sentido do restabelecimento, através da punição, da paz jurídica comunitária)⁵³ como finalidade básica da aplicação da pena.⁵⁴

Problema é só saber se esta idéia, uma vez ligada àquela outra segundo a qual a retribuição não constitui finalidade da pena, se torna ainda passível da objecção, sempre repetida, de que coloca irremediavelmente a pessoa do delinquente ao serviço de fins heterônomos, leva a considerá-la, no sentido kantiano, como mero "objecto" e, por conseguinte, viola a sua eminente dignidade. Uma tal objecção é de repudiar. É que, como variamente tenho acentuado,⁵⁵ se a retribuição não pode constituir finalidade da pena, isso em nada contraria a idéia de que toda a pena — primariamente fundada embora em considerações de prevenção geral positiva — é simultânea e institucionalmente,⁵⁶ num sentido muito determinado, *pena da culpa*: esta, não constituindo uma finalidade da aplicação da pena, constitui todavia um *limite* inultrapassável da sua medida, de tal modo que toda a pena preventiva é do mesmo passo suportada pela culpa; e por esta via, atendendo à unidade dialéctica ou institucional que a pena constitui, perde sentido a objecção apontada. Como igualmente resulta daqui que a culpa de que se trata — e é justamente uma das categorias constitutivas do conceito de crime — não pode deixar de fundar-se num *juízo autônomo de censura ético-jurídica*,⁵⁷ para passar a modelar-se exclusivamente a partir de considerações de prevenção geral (ainda que positiva),⁵⁸ quando não mesmo para ser substituída pelo conceito de "proporcionalidade".⁵⁹ Pois só daquele modo a culpa se constitui na mais válida e eficaz limitação possível ao poder punitivo do Estado.

Tomando como base a idéia da prevenção geral positiva como fundamento de aplicação da pena, a institucionalidade desta reflecte-se ainda na capacidade para abranger, sem contradição, o essencial do pensamento da prevenção especial, máxime da prevenção es-

pecial de socialização. Esta, já ficou dito, não mais pode hoje conceber-se como socialização "forçada", mas tem de surgir como dever estadual de proporcionar ao delinquente as melhores condições possíveis para alcançar voluntariamente a sua própria socialização (ou a sua própria *metanoia*); o que de resto supõe que seja feito o possível para que a pena seja "aceite" pelo seu destinatário — o que, por seu turno, só será viável se a pena for uma pena suportada pela culpa pessoal e, nesta acepção, uma pena "justa". Urge ponderar, por outro lado, que a pena orientada pela prevenção geral positiva, se tem como máximo possível o limite determinado pela culpa, tem como mínimo possível o limite comunitariamente indispensável de tutela da ordem jurídica. É dentro destes limites que podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial — nomeadamente de prevenção especial de socialização —, os quais, deste modo, acabarão por fornecer, em último termo, a medida da pena.⁶⁰

Assim não apenas se fecha, em uma unidade, a questão das finalidades da pena e do seu relacionamento com a culpa, como do mesmo passo se constrói — uma das tarefas mais difíceis e mais sensíveis de toda a dogmática e de todo o sistema penal! — o modelo de determinação concreta ou de medida da pena. É ainda em último termo uma certa concepção sobre a ordem de legitimação e a função da intervenção penal que torna tudo isto possível: parte-se da função de tutela de bens jurídicos; atinge-se uma pena cuja aplicação é feita em nome da estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada; limita-se em seguida esta função pela culpa pessoal do agente; para se procurar atingir a socialização do delinquente como forma por excelência de realizar eficazmente a proteção dos bens jurídicos. Assim, creio,

se alcança um critério frutuoso — e, em certos pontos de crise, verdadeiramente decisivo — na penetração teleológica, funcional e racional de muitos dos problemas da doutrina do crime.⁶¹

IV — Uma discussão actual da doutrina do crime não pode ainda furtar-se por inteiro aos ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas e até há bem pouco, à roda do conceito de acção; mas não é lícito duvidar de que a querela perdeu já muito da sua virulência.

1. Nos últimos anos, com efeito, só muito raramente têm surgido tratamentos da doutrina do crime que arranquem de um conceito “puro” de acção imediatamente relevante da perspectiva jurídico-penal; quero eu dizer com isto, que arranquem de um conceito de acção puramente naturalista, normativista, finalista ou social.⁶² Pelo contrário, poderá dizer-se que os conceitos de acção recentemente avançados são na sua generalidade, e em um determinado sentido, “intermédios”. Mas nem por isso deixam de verificar-se entre eles marcadas diferenças, a ponto de ser ainda, quase sempre, da posição assumida perante um tal conceito que resulta a fisionomia do sistema do crime a que se chega. A razão está em que continua simultaneamente a subscrever-se a ideia tradicional do conceito de acção como base autónoma e unitária de construção do sistema, capaz de suportar as “posteriores” predicacões da tipicidade, da antijuridicidade, da culpa e da punibilidade, sem todavia as pré-determinar. Continua (na sistematização de inexcédível clareza que Jescheck conferiu à questão)⁶³ a exigir-se do conceito de acção que ele cumpra simultaneamente as funções de *classificação*, de *definição e ligação* e de *delimitação*.

As aludidas doutrinas “intermédias” que actualmente se sufragam em maté-

ria de conceito de acção reconduzem-se, em todo o caso, a duas orientações fundamentais. Uma delas, argumentando que as coordenadas básicas do comportamento humano são insusceptíveis de ser apreendidas unitariamente no domínio ontológico (*rectius*, no domínio ôntico), recusa uma doutrina do crime por inteiro derivada da categoria da “finalidade” e acaba por subscrever um *conceito social de acção* como comportamento humano socialmente relevante.⁶⁴ A outra orientação mantém-se fiel à ideia — pedra-angular da doutrina “ortodoxa” da acção final — de que o comportamento humano é, sem excepções, finalisticamente conformado, de sorte que a acção se traduz sempre numa “supradeterminação final de processos causais”.⁶⁵

Continuo a pensar⁶⁶ que não é indispensável para a construção do sistema tomar, em termos alternativos, posição definitiva nesta controvérsia, antes importa em alguma medida superá-la. Tanto o “finalismo” como o “objectivismo social”, desde que em um certo sentido “*normativizados*”,⁶⁷ constituem aceitáveis concepções sobre a essência do actuar humano e têm uma palavra de relevo a dizer na doutrina do crime. Ponto é apenas que o primeiro alivie a categoria da finalidade de tarefas que ela não pode cumprir e escape, em último termo, à conclusão de que aquela há-de constituir o único fundamento de toda a relevância jurídico-penal; e que o segundo, não ignorando a dimensão final de muitos comportamentos, evite o reducionismo sociológico, dando o relevo devido à carga ético-pessoal que ao comportamento advém do seu centro ético de autoria ou de imputação.⁶⁸ Deste modo pode esperar-se de qualquer destas orientações um contributo decisivo para a obtenção de uma síntese de factores ônticos e teleológicos, uma correspondência de ser e dever-ser que permita novas e frutuosas aqui-

sições hermenêuticas na doutrina do crime.

2. O problema, do ponto de vista do sistema jurídico-penal, é porém outro. É o de saber se, de uma qualquer destas maneiras, se logra a obtenção de um conceito que sirva simultaneamente a pluralidade de funções que ele deve cumprir como suporte de todo o sistema do crime. E, no caso em que se suscitem fundadas dúvidas sobre uma tal possibilidade, se não importa ainda acentuar mais fortemente o *thelos* político-criminal das nossas categorias dogmáticas fundamentais, mesmo que assim se vá até ao ponto de furtar autonomia ao conceito de acção.

As exigências que deste ponto de vista metódico se fazem ao conceito de acção continuam a parecer-me, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito há-de assumir o que Jescheck chama "função de classificação" — de modo a abranger todas as espécies do actuar humano que possam, em geral, relevar para o direito penal —, parece certo que a sua conformação haverá de ser imputada a um *sistema pré-jurídico*, seja ele o sistema ontico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a "função de definição e de ligação", arrogando-se o conteúdo material necessário para que as determinações posteriores da tipicidade, da antijuridicidade, da culpa e da punibilidade possam ser conexcionadas com o conceito de acção, sem que todavia este em medida alguma as anticipe e pré-determine? Eis do que não consigo convencer-me.

a) Quanto ao conceito final de acção, a sua insuficiência neste preciso contexto patenteou-se claramente no preciso momento em que Welzel levou a cabo a mais séria tentativa de lhe oferecer um estatuto definitivo, através do esclarecimento das relações entre fina-

lidade e dolo.⁶⁹ Pois ou bem que se mantêm a equiparação entre finalidade e dolo, mas se perde para sempre a "função de ligação" do conceito de acção, na medida em que se opera a sua pré-tipicidade (*Vortatbestandlichkeit*) — por isso que o dolo só pode referir-se ao tipo e este é normativamente conformado, contém em si os elementos que dão à supradeterminação final um *sentido* que a torna "esclarecida" e "socialmente relevante". Ou bem que se cinde a finalidade do dolo, bastando então, para que de acção final possa falar-se, que o agente "tenha querido alguma coisa", mas sem que releve para as posteriores valorações jurídico-penais o conteúdo da vontade. Poderá então falar-se porventura de finalidade "potencial" como "capacidade de dirigir e dominar, dentro de certos limites, os processos causais",⁷⁰ de finalidade "inconsciente",⁷¹ de finalidade como "evitabilidade"⁷² ou de finalidade dirigida às circunstâncias fundamentais do risco não permitido.⁷³ Mas o conceito terá perdido de todo o modo — e como mesmo do campo finalista amplamente se reconhece⁷⁴ — a capacidade para desempenhar as suas funções de definição e de classificação. O conceito de acção final não pode deixar de conduzir à distinção de várias formas básicas de aparecimento do crime; e se não há dúvida de que ele poderá abranger os crimes positivos dolosos (para os quais de resto, queira-se ou não, foi pensado), já terá de deixar de fora os crimes de omissão (perda da função de definição)⁷⁵ e não possui conteúdo material bastante para que uma parte do tipo dos crimes negligentes — máxime, no que toca ao evento — possa ser conexcionado com ele.⁷⁶

b) O que assim se passa com o conceito final de acção verifica-se igualmente, em parte, com o conceito social de acção. Decerto que também a omissão, antes mesmo da sua predi-

acção jurídica, pode já de si possuir *relevo social*: o social pode constituir em si mesmo um sistema normativo extrajurídico. Mas assim como ao conceito final de acção se opõe, com razão, que deixa fora da acção negligente um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da antijuridicidade (o evento), também o conceito social de acção que reivindique, como deve, autonomia pré-jurídica deixará fora da omissão o elemento que verdadeiramente “constitui” o ilícito típico do crime omissivo: a acção positiva omitida e juridicamente imposta, devida ou esperada. A questão reside em que o critério decisivo do ilícito (e que, segundo a função de definição, deveria ter logo guarida no conteúdo material do conceito de acção) é *juridicamente* fundado e, só por isso, também *socialmente* relevante. Ou, vistas as coisas de outro ponto de vista: a acção “esperada” só o é através de uma imposição jurídica de acção que nasce do tipo, pelo que o conceito social de acção que quisesse englobar a omissão perderia necessariamente a sua função de ligação, na medida em que também aqui se daria a sua pre-tipicidade.⁷⁷

A esta dificuldade do conceito social de acção acresce porém outra, porventura ainda de maior alcance. Se, para ser conforme com a sua função de ligação, a acção social nada deve antecipar do tipo e dos seus critérios de imputação, então ao nível da acção geral ou *qua tale* só poderá ser decisiva como critério (indispensável!)⁷⁸ de imputação, a teoria da causalidade naturalística, é dizer, a doutrina das condições equivalentes.⁷⁹ Mas não deverá recusar-se, como de todo estranha à realidade da vida e portanto imprestável, uma doutrina que vê uma acção social — e, na verdade, uma acção (mesmo que só social e ainda não ne-

cessariamente jurídica) de homicídio — no acto de geração de uma criança que mais tarde vem a matar outra pessoa? Dir-se-á que também ao nível da acção geral se devem fazer logo intervir critérios mais apertados de imputação, ao estilo, *v.g.*, da causalidade adequada, das condições relevantes, da inevitabilidade, da potenciação do risco, ou de qualquer outro análogo. Estes critérios porém — eles sim⁸⁰ — só podem provir do âmbito e do fim de protecção que a si mesma assinala a norma incriminadora e, assim, da ordenação jurídico-penal dos tipos; não de uma qualquer ordenação extra-jurídica, mesmo a social. De sorte que, desta maneira, de novo teria o conceito social de acção perdido a sua neutralidade e o seu carácter prévio e autónomo perante a doutrina da tipicidade.

3. Em data recente vem Roxin⁸¹ ensaiar uma tentativa nova de erecção de um conceito geral de acção capaz de realizar a totalidade das funções sistémicas que dele se esperam. Um tal *conceito — pessoal — de acção* residiria em ver esta como “expressão da personalidade”, em abarcar nela “tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro de acção anímico-espiritual”.⁸² Se bem que existam nesta concepção muitos e relevantes pontos a merecerem inteiro aplauso — e que representam, na verdade, a criação de um instrumento hermenêutico fecundo para a resolução de alguns problemas da doutrina do crime —, nomeadamente o cunho *normativo* (não normativista!, previne o próprio Roxin⁸³) que assim se lhe atribui, bem como o cariz pessoal de que se reveste, a pô-lo de acordo com uma doutrina pessoal do ilícito que deve sufragar-se; se bem que assim seja, não parece que um tal conceito, quando erigido em base geral e unitária de construção do sistema, logre libertar-se de algumas das aporias

que ao conceito social de acção foram apontadas. E isto essencialmente porque⁸⁴ o comportamento só pode muitas vezes — sobretudo, uma vez mais, no campo da omissão — constituir-se como “expressão da personalidade” na base de uma sua prévia valoração como juridicamente relevante, antecipando-se nesta medida, também aqui, a sua tipicidade e perdendo-se, nesta precisa medida, a sua função de ligação. Ao que acresce que a caracterização da acção como expressão da personalidade, por mais correta que em si mesma possa considerar-se, não remete para qualquer sistema pré-jurídico e não tem por isso aptidão para se constituir em *genus proximus* de todo o subsistema jurídico do crime. A menos, é claro, que se diga que uma tal caracterização actua pura e simplesmente dentro do sistema social da acção; caso em que, porém, se torna ainda mais claro que as críticas de que a concepção pessoal da acção é passível são precisamente aquelas mesmas que podem validamente dirigir-se ao conceito social de acção.

4. É em vista do complexo de considerações que ficam pouco mais que sugeridas que continuo a reputar preferível que a doutrina do crime renuncie, neste ponto, a encontrar a sua *ultima Thule* nos resultados da abstracção generalizadora e classificatória que vai implicada na erecção de um conceito geral de acção: tenho cada vez mais por seguro não ser esse o terreno de que deve nutrir-se a nossa disciplina. É um preconceito — e, na verdade, um preconceito de raiz idealista — pensar que os fenômenos deste mundo hão-de por força reconduzir-se a conceitos de maior abstracção e, em definitivo, formar uma “ordem” pré-estabelecida que só importaria “conhecer”. Deixemos em paz — se é lícito exprimir-me assim — a acção em geral, com as suas típicas funções de classificação, de defi-

nição e de ligação; e ocupemo-nos das acções e das omissões, das acções e omissões dolosas como das negligentes, tal como nos são dadas nos tipos-de-ilícito. Com o que acabará por verificar-se que nem se terá perdido necessariamente, afinal, a “função de delimitação” que ao conceito de acção vem tradicionalmente atribuído.

Vale isto por dizer, de forma conclusiva, que a doutrina da acção deve, na construção do conceito de crime, ceder a primazia⁸⁵ à doutrina da “ação típica” ou da “realização do tipo”, passando a caber ao conceito de acção apenas “a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de atuação”,⁸⁶ ou, dito dentro das expressões de Jescheck que venho utilizando, passando a caber-lhe apenas a função de delimitação. Até porque — e é esta, do meu ponto de vista, uma consideração fundamental — só assim se está a corresponder à *teleologia própria do conceito de acção dentro de um sistema funcional e racional*. Quando se pergunta qual o *thelos* ou a função que este conceito serve dentro do sistema, a resposta só pode ser a de que com ele se pretende excluir tudo aquilo que desde o início não pode releva para as posteriores valorações jurídico-penais, nomeadamente para as categorias do proibido e do permitido. Mas justamente por esta razão, a determinação conceitual da ação encontra-se *a priori prejudicada* pela função e pela categoria do tipo, pois que é esta — como quer que em último termo se preencha — que se apresenta decisiva para traçar a fronteira entre o proibido e o permitido.

Mas — é a última questão —, deverá esta função de delimitação ser desempenhada por um conceito *geral* de acção (um conceito, isto é, que cumpra ainda a clássica função de classificação) ou antes por vários conceitos tipi-

camente conformados? É inarredável a sensação de que não é o conceito geral de acção a que se chegue que vai cumprir depois uma função de delimitação mas, pelo contrário, são os resultados de delimitação que se consideram corretos que depois vão ser imputados ao conceito, ao seu conteúdo e aos seus limites. Isto vale mesmo para um conceito de acção como “expressão da personalidade”, tal como disse ser em data recente defendido por Roxin. Desde logo, “expressão da personalidade” tanto podem a *priori* considerar-se as acções provenientes de pessoas individuais como de pessoas colectivas, ficando sempre por compreender a razão por que — ressalvada, naturalmente, a razão de o direito alemão, diversamente do português,⁸⁷ assentar no princípio da responsabilidade penal individual! — aquele conceito não abrangeria estas últimas.⁸⁸ Por outro lado, se expressão da personalidade são só as atuações que podem reconduzir-se a um centro ético de imputação, então não se percebe porque é que são acções os comportamentos de pessoas sofrendo de anormalias psíquicas as mais graves (v.g., paralisia cerebral!), mas já não os actos reflexos ou os atos inconscientes. A asserção de Roxin segundo a qual “quem cai inconsciente e parte assim um vaso não agiu”⁸⁹ deve frontalmente contestar-se: pode perfeitamente conceber-se que o agente devesse ter tomado um remédio para evitar o ataque, sabendo que se o não fizesse poderia praticar um certo facto ilícito típico; neste caso a pessoa “agiu” e pode mesmo, em certas condições, ser juridicopenalmente responsabilizada e punida.

Tudo parece assim confirmar a idéia de serem justificadas as objecções que cada vez mais se levantam contra o conceito geral de acção e contra a sua hipervalorização no sistema. Um tal conceito não é — não pode ser —, como durante muito tempo se pensou,

algo de previamente dado ao tipo, mas apenas um elemento, a par de outros, integrante do cerne dos tipos-de-ilícito. A partir daqui torna-se inevitável⁹⁰ assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente correspondente à função de delimitação ou função “negativa” de excluir da tipicidade comportamentos *ab initio* jurídico-penalmente irrelevantes —, enquanto a primazia há-de ser conferida, sem reboços, ao conceito de *realização típica do ilícito* e à função por ele desempenhada na construção teleológica do crime.⁹¹

V — 1. A conclusão acabada de obter em nada faz perder relevo ao debate, que continua em aberto, entre uma construção bipartida e uma construção tripartida da doutrina do crime.⁹² Não quero, com isto, conferir actualidade a teses como as que são ainda correntes na doutrina francesa e que, sob influência claramente cartesiana, pretendem espalhar a construção do crime entre um *élément matériel* e um *élément moral*;⁹³ ou mesmo em parte da doutrina italiana que, na esteira de Carrara,⁹⁴ continua a individualizar no crime apenas o elemento *materiale* e *oggettivo* e o elemento *psicologico* e *soggettivo* (ou a *iniuria* e a *culpa*).⁹⁵ Pois num caso como no outro — e ainda quando acabe por defender-se um sistema “tripartido”, v.g., porque a doutrina francesa acrescenta aos elementos referidos o *élément légal*,⁹⁶ ou a italiana, seguindo a lição de Delitala, adicione aos momentos mencionados o da base real do *fatto umano*⁹⁷ — está a desvalorizar-se em medida inadmissível a categoria do tipo (*Tatbestand*) que a partir das investigações de Belling, e como quer que em rigor deva conceber-se, não mais pode ser afastado das discussões sobre a construção do conceito de crime e desempenha nesta um papel insubstituível.⁹⁸

Quando menciono o debate entre uma construção bipartida e uma construção tripartida do crime quero sim referir-me ao que, dando em qualquer dos casos relevo à figura do tipo, visa decidir se a tipicidade alcança o lugar de especial e autônomo degrau valorativo na construção do crime ou se ela se refere a um tipo que é só precipitado, concretização ou mostração de um ilícito pré-existente. No primeiro caso o resultado do debate apontará para uma construção tripartida — com os elementos da tipicidade, da antijuridicidade (ou do ilícito⁹⁹) e da culpa —, no segundo para uma construção bipartida — com os elementos do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa ou, se preferirmos, do ilícito-típico e da culpa.

A querela confundiu-se as mais das vezes, no pensamento jurídico-penal alemão das décadas de 60 e 70 e até aos nossos dias, com a questão de saber se o *Tatbestand* haverá de configurar-se como tipo-indiciado (*Indiztatbestand*), contendo apenas a descrição do comportamento (da matéria) proibido(a) ou os elementos individualizadores da respectiva espécie de crime,¹⁰⁰ ou antes como tipo-de-ilícito (*Unrechtstatbestand*) ou tipo-total (*Gesamttatbestand*) que, de acordo com os conhecidos termos da doutrina dos elementos negativos do tipo, conteria a totalidade dos elementos relevantes para o concreto juízo de antijuridicidade.¹⁰¹ Com esta identificação dos dois problemas dá-se porém, de forma inadmissível, uma desvalorização do primeiro e uma hipervalorização do segundo. Na verdade, a questão dos elementos negativos do tipo constitui, dentro de uma perspectiva teleológico-funcional, um problema sem significado, que só poderia releva para o tratamento da errônea aceitação pelo agente dos pressupostos de uma causa de justificação.¹⁰² Nem isso, porém, pois que do que nesta questão realmente se trata é de um pro-

blema de culpa material e de modo algum de extensão formal do tipo.¹⁰³ Diferentemente, a questão da construção bipartida ou tripartida do conceito de crime, nos termos acima expostos, é decisiva para o sistema teleológico.

O que impressiona mais desfavoravelmente na aludida dogmática alemã é que, na divergência apontada sobre a conceitualização do *Tatbestand* — como acertadamente nota Stratenwerth, mas sem qualquer entono crítico!¹⁰⁴ —, “não se trata substancialmente de uma verdadeira alternativa”. Para uma como para outra concepção, como já de há muito venho acentuando,¹⁰⁵ o tipo é o substantivo, a causa, o *prius*, a antijuridicidade (e com ela o próprio ilícito) apenas a predicação, a consequência, o efeito, o *posterius*. Um tal entendimento das coisas falha, a meu ver, o essencial.

O essencial reside, se bem vejo, em determinar se a prioridade teleológica, funcional e racional na construção do sistema há-de pertencer ao tipo ou antes ao ilícito. Postas assim as coisas, a larguíssima maioria da doutrina alemã vota no primeiro sentido: o tipo continua a ser “o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime”.¹⁰⁶ O que, sublinha agora Roxin, se justifica à luz de um sistema teleológico-funcional e racional. Pois que a tipicidade se distinguiria da ilicitude precisamente porque aquela traduz “a acção avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstracta da pena” (i. é, “independentemente da pessoa do agente e da situação concreta da acção”) e assenta assim na finalidade político-criminal, de natureza geral-preventiva, de motivar a omissão das acções proibidas (ou a realização das acções impostas);¹⁰⁷ enquanto no ilícito se trata da consideração da acção típica concreta, com a inclusão nela de todos os seus elementos reais caracterizadores, baseada, entre outras, na fina-

lidade político-criminal de solucionar conflitos de interesse jurídico-penalmente relevantes.¹⁰⁸

Não me parece porém que as coisas devam ser vistas assim. Uma determinação teleológico-funcional do *Tatbestand* como a que fica exposta continua a incidir em inconveniente confusão entre aquilo que pode chamar-se, na esteira da terminologia de Engisch, o *Unrechtstatbestand* e o *Garantietatbestand*,¹⁰⁹ ou, dito de outra forma talvez mais clara, entre o “tipo” que é elemento constitutivo do crime e o “tipo” que é só uma precipitação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A aludida função de dar a entender, mesmo em abstracto, onde passa a fronteira entre o permitido e o proibido é cumprida justamente pelo princípio da legalidade e não precisaria de ser repetida ao nível de um dos elementos constitutivos do conceito de crime;¹¹⁰ o que se comprova amplamente pela circunstância de a função que assim é atribuída aos elementos típicos dever ser repetida, sob pena de violação da legalidade, relativamente aos elementos da culpa e mesmo às condições de punibilidade. Fosse esta a verdadeira função do tipo no sistema e toda a categoria da tipicidade poderia (deveria) ser banida sem resto da construção da doutrina do crime, para ser tratada em sede de aplicação da lei penal e da exigência correspondente de legalidade!

É outra a forma por que vejo as coisas. A função do direito penal — de protecção de bens jurídicos — e a justificação da intervenção penal — a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada — juntam-se na determinação funcional da categoria do ilícito: a esta categoria, *assim materialmente estruturada*, pertence por isso prioridade teleológica e funcional sobre a categoria do tipo, a ela advém o *primado na construção teleológico-funcional do crime*.¹¹¹ Com a

categoria do ilícito quer-se traduzir o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um *concreto* comportamento humano numa concreta situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar. E só a partir daqui ganha o tipo o seu verdadeiro significado: nesta acepção, na verdade, “sem ilícito não há tipo”;¹¹² ou, de outro modo, todo o tipo é tipo-de-ilícito. O tipo surge assim — como em certo momento a doutrina dominante pareceu claramente dar-se conta, antes que a questão se complicasse (e obscurecesse) com a querela à volta dos “elementos negativos do tipo” — como “tipicização”, “sedimentação concreta” ou “irradiação” de um ilícito, é um ilícito “cunhado tipicamente”,¹¹³ é o “interposto da valoração jurídico-criminal”, o “portador da valoração” de um comportamento como ilícito.¹¹⁴⁻¹¹⁵ Critérios hoje decisivos de delimitação da extensão e do sentido do tipo como os da imputação objectiva, da área de tutela, do fim de protecção da norma, do acordo, etc., são claramente critérios obtidos a partir da essência mesma do *ilícito jurídico-penal* e da sua função no sistema.

A mencionada concretização, revelação ou mostração serve-se em todo o caso, para se realizar, de dois instrumentos diferentes ou mesmo de sinal contrário, mas em todo o caso *funcionalmente complementares*. Um deles é o que chamo *tipos-incriminadores*, isto é, o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à fundamentação do ilícito¹¹⁶ e onde, por isso, assume primeiro e indisputável papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito. O outro são os *tipos-justificadores* (ou causas de justificação) que, servindo igualmente a concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carác-

ter de limitação (“negativa”) dos tipos-incriminadores. Também os tipos-justificadores constituem, no seu *modus particular*, formas delimitadoras do conteúdo de ilícito (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma, susceptíveis de tipificação)¹¹⁷ e podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*) tipos, funcionalmente complementares dos tipos-incriminadores. Estruturalmente porém apresentam-se como entidades diversas, na precisa medida em que só os tipos-incriminadores são *portadores do bem jurídico protegido*, por isso mesmo delimitando o ilícito por forma concreta e positiva, enquanto os tipos-justificadores são em princípio estranhos à ordem legal dos bens jurídicos e delimitam assim o ilícito por forma geral e negativa.¹¹⁸ Uma tal diversidade estrutural não é afectada pela consideração — correcta! — de que tipos-incriminadores e justificadores não podem distinguir-se como se naqueles se tratasse só de descrever a lesão de um bem jurídico e nestes apenas de apontar as hipóteses em que uma tal lesão é ainda lícita. É verdade que tanto uns como outros se destinam a circunscrever o condicionalismo sob o qual a lesão de um bem jurídico é ilícita; mas enquanto a esta função se liga, nos tipos-incriminadores, a de descrever o bem jurídico de que se trata, é ela por inteiro estranha aos tipos-justificadores.

A conclusão a retirar do que fica dito é a de que não há lugar, num sistema funcional-teleológico da doutrina do crime, a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e o ilícito. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a *categoria do ilícito-típico ou do tipo-de-ilícito*;¹¹⁹ tipos-incriminadores e ti-

pos-justificadores são apenas instrumentos conceituais que servem, *hoc sensu* sem autonomia e de forma dependente, a realização da intencionalidade e da teleologia próprias daquela categoria constitutiva. A partir daqui uma construção “bipartida” da doutrina do crime continua a parecer-me por inteiro merecedora de concordância.¹²⁰

2. Não incorrerei no erro — absolutamente contrário aos pressupostos metodológicos que sob II esbocei — de sustentar que o princípio sistemático posto em matéria de relações entre o ilícito e o tipo serve para, por extensa cadeia lógico-dedutiva, obter conclusões decisivas relativamente ao tratamento de casos prático-normativos. Mas talvez se possa acreditar na sua aptidão para, no horizonte político-criminal que supõe, dar nova luz a muitas e fundamentais questões que a actual doutrina suscita — para além da já referida das relações entre tipo-incriminador e tipo-justificador — em sede de tipo-de-ilícito. É o caso, se bem julgo, da matéria doutrinariamente discutida sob as epígrafes dos tipos abertos, das características especiais do dever jurídico e da adequação social.¹²¹

Seja qual for a forma exacta que estes instrumentos conceituais devam assumir — e mesmo a aceitação que em definitivo devam merecer, seja à luz da sua intrínseca correcção,¹²² seja à luz de um critério de imprescindibilidade¹²³ —, o seu denominador comum parece residir em que eles se dirigem *ao tipo como um todo*, não a singulares elementos típicos.¹²⁴ Com o que fica próxima a ideia segundo a qual tais instrumentos actuam não ao nível da tipicidade, mas ao da antijuridicidade como tal; o que, na orientação sistemática “tripartida”, aqui combatida, conduziria a dissociar estas questões dos tipos-indiciadores e a formar com elas, ao menos na medida possível, verda-

deiras causas de justificação. Tal não é, de modo algum, correcto ou sequer possível. Como Roxin justamente acentua, “a remissão da adequação social para a antijuridicidade só seria possível da perspectiva de um tipo axiologicamente neutral, o que destruiria a especial função deste”.

Mas se, por outro lado, não é possível ver estes instrumentos como atinentes a singulares elementos típicos, é isso sinal de que a solução da problemática só se encontra quando se toma verdadeira consciência de que estamos aqui perante entidades *consequenciais à determinação de critérios do ilícito*, que a partir dele hão-de ser estabelecidos. Assim, no que toca à adequação social, a idéia básica é a de que não pode constituir um ilícito jurídico-penal uma conduta que *ab initio* e em geral se revela como socialmente aceite e reconhecida; enquanto, no que respeita aos tipos abertos e às características especiais do dever jurídico, a asserção fundamental reside em que casos há em que, não se tornando infelizmente possível exprimir de forma esgotante os elementos fundadores do ilícito, este é apreendido imediatamente *como um todo*, através de uma “valoração conjunta” do acontecimento. Nada seria menos exato do que, em casos tais, defender (em virtude de estarem em causa — e só — critérios do ilícito) que em nada se revelaria afectada a tipicidade dos comportamentos respectivos. Pelo contrário, não tem sentido, em todas estas hipóteses, discutir a tipicidade de tais comportamentos, justamente porque não constituem logo um ilícito os comportamentos socialmente adequados, aqueles em que falta uma característica do dever jurídico ou em que a abertura típica se não encontra preenchida.

3. Num plano distinto do considerado até aqui, mas em todo o caso ligado

ainda aos problemas da construção do tipo-de-ilícito, situa-se a questão da localização sistemática do *dolo* e da *negligência* no tipo-de-ilícito ou antes na culpa. Questão que, é sabido, constituiu o pomo de discórdia por excelência entre adeptos e adversários da doutrina da ação final e que levou uma vez Engisch a testemunhar assim o seu espanto perante tal facto: “Mal se acredita, mas a verdade é que este problema sistemático está hoje no centro da investigação criminalista”!.

Uma coisa pode dar-se por segura: a eventual “pertinência” do *dolo* e da *negligência* ao tipo-de-ilícito não pode resultar da posição que se sufrague quanto à doutrina da ação, nomeadamente — como durante muito tempo se pensou — de se aceitar ou recusar o conceito final de acção.¹²⁵ Isto deriva já do que disse supra, sob II,1: decisiva não poderá ser a relação do *dolo* e da *negligência* com categorias ónticas como as de “causalidade” ou da “finalidade”, mas só o poderá ser — se for — a natureza do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa.

Tão-pouco creio que a inclusão do *dolo* no tipo-de-ilícito derive ou possa deduzir-se logo da exigência de determinabilidade dos tipos própria do Estado de Direito,¹²⁶ ou que seja uma lídima consequência do princípio segundo o qual os elementos do ilícito devem ser desenvolvidos a partir da essência da antijuridicidade.¹²⁷

O primeiro argumento radica de novo, em meu juízo, na confusão entre tipo-de-ilícito e tipo-de-garantia. Decerto que *dolo* e *negligência* são elementos delimitadores do âmbito do punível. A punibilidade não pode ligar-se pura e simplesmente, nos quadros de um Estado de Direito, a um comportamento “causal”, como o não pode também a um comportamento “final”: ela só pode ligar-se a um comportamento *culpável*, doloso ou negligente. A própria culpa, tanto como *dolo* ou a *negligência*, é uma exigência do Estado de

Direito e há-de reflectir-se por isso, ela também, no tipo-de-garantia. A partir daqui é portanto impossível decidir da sediação sistemática do dolo e da negligência no âmbito do tipo-de-ilícito ou antes no da culpa.

Por outro lado, serei eu — como supra, sob V,1, procurei revelar — o último a pôr em dúvida que a essência do ilícito seja decisiva na determinação dos elementos do tipo. Mas daqui só consigo retirar a conclusão de que importa tomar em conta, para além do desvalor do resultado do comportamento, os elementos configuradores do desvalor da acção, através do qual esta surja como obra de uma pessoa ou, neste sentido, ligada a um “centro ético de imputação”.¹²⁸ Para tanto não é indispensável porém fazer apelo ao dolo ou, sequer, à categoria da finalidade. O desvalor da acção constitui-se logo que a realização típica era objectivamente dominável ou evitável, ou que o agente violou um dever objectivo de cuidado — o que tudo constitui denominador comum tanto das acções negligentes como das dolosas.¹²⁹ Pode por conseguinte localizar-se no tipo-de-ilícito unicamente esse denominador comum e sediar na culpa o dolo e a negligência. A partir da essência do ilícito (ou, ainda menos, da antijuridicidade) não é possível obter nenhuma determinação vinculante da localização sistemática do dolo e da negligência.

Decisivas me parecem ser, pelo contrário, duas considerações, uma sugerindo a localização do dolo e da negligência ao nível do tipo-de-ilícito, outra ao nível do tipo-de-culpa.

A primeira provém, ainda e sempre,¹³⁰ da função que ao dolo deve ser assinalada no domínio da tentativa. Sem uma referência ao dolo, ao menos (antecipo) como “dolo-do-tipo”, i. é, como conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo, não é possível fundamentar tipicamente o

ilícito da tentativa, não é possível, por outras palavras, realizar, relativamente à tentativa, a função de tipicização do ilícito. E se é assim no estágio de realização da tentativa, não pode ser de outro modo no crime consumado que, também ele, passou pelo estágio da tentativa. Nada mais é necessário para poder considerar-se então provado que o dolo-do-tipo é elemento constitutivo de todo e qualquer tipo-de-ilícito subjectivo.

Por outro lado, porém, o princípio da culpa, para ser dotado de eficácia prático-normativa, há-de vincular a uma essencial correspondência da pena com o conteúdo material de culpa do facto ao qual aquela seja aplicada. Daí que, prevendo a lei diferentes molduras penais que se distinguem na sua aplicação apenas porque os factos a que cabem foram cometidos com dolo ou antes com mera negligência; ou, como muitas vezes acontece, punindo a lei o facto doloso e deixando impune o facto negligente correspondente, isso só possa significar que o que distingue as duas formas de comportamento haja de ser (ou, pelo menos, haja de ser também) uma *diferença de culpa*.¹³¹ Dolo e negligência têm pois, deste ponto de vista, de ser considerados como entidades que em si e por si mesmas exprimem ou revelam diferentes conteúdos materiais de culpa, cada um com o seu significado e os seus critérios próprios.

Mas como, então, conceitualizar e integrar sistematicamente dolo e negligência, perante exigências à primeira vista contraditórias? Se se vir com atenção a situação das coisas, o que atrás ficou exposto só exclui duas posições extremas: uma é que aquelas entidades possam ser — como sustentava a doutrina mais ortodoxa da acção final¹³² — de todo estranhas à valoração da culpa ou ao tipo-de-culpa e relevar exclusivamente ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo; outra é que — como sustentava

a doutrina no tempo do sistema normativista¹³³ — dolo e negligência sejam exclusivamente elementos da culpa, sem qualquer relevância ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo. Dentro destas posições extremas ficam porém ainda em aberto possibilidades diversas de conceitualização e sistematização. Pode nomeadamente defender-se que dolo e negligência constituem primariamente elementos do tipo-de-ilícito subjectivo, que mediatemente relevam também como graus de culpa; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma *localização*, de uma *função* e de uma *valoração duplas*, sobretudo do dolo (mas também da negligência) no sistema.¹³⁴ Como pode sustentar-se que dolo e negligência são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos dos quais *uns* relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, *outros* ao nível do tipo-de-culpa.¹³⁵

Por minha parte, reputo esta última a forma teleologicamente mais correcta e funcionalmente mais adequada de decidir a questão sistemática aqui implicada, de harmonia com os dados jurídico-substanciais do problema. Considero exacto que o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo (o “dolo-do-tipo” ou “dolo do facto”) — correspondente aliás a uma das possíveis compreensões da categoria da finalidade¹³⁶ — deve ser visto como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo doloso; enquanto a violação do dever objectivo de cuidado deve ser tida como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo negligente. Por outra forma não se dá resposta cabal e convincente às exigências de compreensão hoje postas por numerosos problemas da doutrina do crime. Mas, da mesma forma que — como é em geral reconhecido¹³⁷ — a negligência se não esgota na violação

de um dever objectivo de cuidado, também o dolo se não reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autónoma *atitude interior*, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpa. No dolo trata-se do elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na negligência, do elemento que torna a inobservância do dever objectivo de cuidado em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido.

Não se trata, em suma, de afirmar que dolo e negligência enquanto elementos do tipo-de-ilícito subjectivo devam relevar *automaticamente*, ao nível da culpa, como expressões respectivas de uma certa atitude pessoal perante as exigências jurídico-penais. Do que se trata é, sim, de encontrar um conteúdo material de culpa cabido, não como puro reflexo das respectivas formas do tipo-de-ilícito subjectivo, mas como algo de autónomo relativamente a elas, algo que as completa, as afeiçoa e as conforma praticamente e se torna assim em momento decisivo de aplicação das molduras penais respectivas. Desta perspectiva se aceitará que a doutrina da “dupla valoração” do dolo e da negligência no sistema, se bem que apontando para uma meta construtiva essencialmente correcta, não seja a que melhor exprime a realidade das coisas: não é o dolo e a negligência que sofrem uma dupla valoração no sistema, uma em sede de tipo-de-ilícito e outra em sede de tipo-de-culpa; é sim a dupla valoração do ilícito e da culpa que intervém na completa modelação do dolo e da negligência.

NOTAS

1. Neste sentido Hünerfeld, "Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa", ZStW 93 (1981), p. 992 e Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal, Nomos: Baden-Baden, 1982, pp. 202 e ss.

2. Se isso pode clarificar a afirmação do texto direi que aquilo que chamo uma certa "normativização da finalidade" é para mim reconhecível, v.g., no pensamento de Stratenwerth, p. ex. em *Derecho penal*, PG I, Madrid: Edersa, 1982 (trad. de G. Romero da 2ª ed. alemã), enquanto uma finalização da normatividade a diviso num pensamento como o de Roxin, "Contribuição para a Crítica da Teoria Finalista da Acção", *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (trad. de Ana Paula dos Santos e L. Natscheradetz), Lisboa: Vega, 1986, p. 91.

3. Tão cara a um autor como Engisch, p. ex. em *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München: Hueber, 1963, pp. 20 e ss. Cf. depois também Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987 (1969), pp. 329 e ss. e 346 e ss.

4. Ponto este muito acentuado pelo pensamento metodológico português desde há duas décadas. Cf. Castanheira Neves, *Questão-de-facto e Questão-de-direito*, Coimbra: Almedina, 1967, tít. II B; Baptista Machado, *Sobre o Discurso Jurídico*, Lisboa: Gulbenkian, 1967; e o meu trabalho citado na nota anterior, pp. 8 e ss. e 22 e ss.

5. Típico desta nova postura — e quase com o carácter de um "manifesto" ou "programa" da nova orientação — é o estudo de Schünemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", bem como a generalidade das restantes publicações contidas na colectânea *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: de Gruyter, 1984, dedicada a Claus Roxin por ocasião do seu 50º aniversário. Sobre este *approach*, entre nós, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal. (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pp. 21 e ss.

6. Sobre elas permito-me remeter para o meu estudo "O Sistema Sancionatório do Di-

reito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal", *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, I, Coimbra: Faculdade de Direito, 1989, p. 783.

7. Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal* (trad. de Cerezo Mir), Barcelona: Bosch, 1964. (A 2ª ed. alemã é de 1952.)

8. Como o atestam os poucos resultados obtidos pelas orientações de inspiração neo-hegeliana, bem como pela tentativa de lograr neste domínio uma *Ganzheitsbetrachtung*. Com uma análise cuidada de tais resultados depara-se já, entre nós, em Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra: Atlântida, 1945, pp. 92 e ss.; cf. depois Sousa e Brito, "Sentido e Valor da Análise do Crime", in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Lisboa: AAFL, 1983/4, pp. 69 e ss.

9. Assim Gallas, *La teoria del delito en su momento actual* (trad. de Cordoba Roda), Barcelona: Universidad, 1959, p. 5. Isto não tem de significar "desmembramento" do comportamento criminoso em compartimentos estanques: aquele comportamento é sempre realmente uma unidade e os diversos "elementos" constitutivos do crime são apenas, verdadeiramente, momentos do comportamento analisados sob diferentes pontos de vista de valor juridicamente significativos. Assim já Roxin, "Rechtsidee und Rechtsstoff", *Radbruch-GS*, Göttingem: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260 e ss.; e depois Schild, *Die "Merkmale" der Straftat und ihrer Begriffe*, Edelsbach: Gremer, 1979.

10. Com particular ênfase, nesta direcção, Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde), Barcelona: Bosch, 1972, pp. 23 e ss. e passim.

11. À maneira preconizada por Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: de Gruyter, 1963, p. 20.

12. Na esteira de Engisch, como na nota 3, p. 20, mas com uma intenção diversa pela teleologia político-criminal logo em seguida referida no texto.

13. Nesta medida coincidindo essencialmente com a lição de Roxin, no seu *Tratado em vias de publicação*, § 7 n. m. 51 e 52. (Devo agradecer calorosamente ao querido Colega Claus Roxin o ter-me possibilitado o

conhecimento do dactiloscrito desta sua obra fundamental e permitido a discussão das posições ali assumidas.) No sentido da recusa, que aqui vai implicada, da força normativa das estruturas lógico-materiais também Hünnerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 207 e ss.

14. Sobre o seu significado no contexto metodológico jurídico-penal merecem destaque as investigações de Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg: Winter, 1953, e de Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin: Heymanns, 1968.

15. No sentido respectivamente de Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. de Valenti Fiol), Barcelona: Bosch, 1961 e de Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Díez-Picazo), Madrid: Taurus, 1964.

16. Assim Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 49.

17. Assim ainda Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 36. Se bem acrescentando logo (p. 37), muito exactamente, que "a dogmática do direito penal exige (...) também uma lógica material que, partindo dos valores protegidos, argumente com considerações jurídico-substanciais e, assim, com a erecção e fundamentação de novos princípios jurídicos". E a propósito da doutrina do crime anota (p. 175): "Decisiva há-de ser sempre a solução da questão *substantial*, enquanto exigências de sistemática devem recuar para questões de segunda ordem".

18. Cf.-Figueiredo Dias, "Principes généraux de la politique criminelle portugaise", RScC (1987), p. 89; e como na nota 6, p. 814. Fundamental sobre a questão Castanheira Neves, "O Princípio da Legalidade Criminal. O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático", *Estudos E. Correia* como na nota 5, pp. 307, 399 e ss.

19. Na acepção da Lang-Hinrichsen, "Die irrthümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH", JZ (1953) p. 362 e de Engisch, "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", Mezger-FS, München: Beck, 1954, p. 131. Não parece diferente a concepção de Sousa e Brito,

como na nota 8, p. 100, ao concluir a sua análise pela forma seguinte: "É pois a própria lei que nos convida a começar na prática a tarefa de subsumir pelo estabelecimento daquele provisório juízo de punibilidade que vai implícito na 'tipicidade'. Não se determina ainda nenhum elemento da infracção, e, por isso, não se pode falar com rigor de um primeiro momento ou fase de análise. Pelo contrário, é o resultado final da análise que se antecipa globalmente com a afirmação da 'tipicidade'. A autêntica análise começará depois, como quem tira a prova dos nove".

20. Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 50.

21. Na acepção de Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1989.

22. Sobre esta oposição Castanheira Neves, "O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito", sep. dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia*, vol. em curso de publicação, Coimbra: Faculdade de Direito, 1990, pp. 9 e ss.

23. Nestes precisos termos Jakobs, *Strafrecht*, AT, Berlin: de Gruyter, 1983, 1º Cap. n. m. 4 e ss.; e, entre nós, Figueiredo Dias, "Carrara e l'attuale paradigma penale. Una lettura alla luce dell'esperienza portoghese", RitalDPP 31 (1988), p. 788 (a versão portuguesa deste artigo encontra-se na RDE 14 (1988), p. 3). Fundamentalmente no mesmo sentido Costa Andrade, como na nota 5, pp. 110 e ss. Cf. depois infra, sob III.

24. Idéia esta presente e acentuada em vários dos meus trabalhos: cf. p. ex. "Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário", RLJ 117 (1984-5), pp. 10 e s.; e "Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Rechtsordnung", *Jeschek-FS*, Berlin: Duncker & Humblot, I, 1985, pp. 100 e s.

25. Cf. o meu trabalho citado na nota 18.

26. Fundamental Roxin, como na nota 10.

27. Fundamental Roxin, "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", MSchrKrim 56 (1973), p. 316. E depois, do mesmo, "Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa", BFDC 49 (1983), p. 1.

28. Nestes termos Figueiredo Dias, "Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische

Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht", ZStW 95 (1983), p. 220 e ss. (a versão portuguesa deste artigo encontra-se publicada como Posfácio à 2ª ed. do meu *Liberdade — Culpa — Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 233 e ss.).

29. De que falou Gimbernath Ordeig, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca: Universidad, 1971, p. 93. Cf. depois Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 31).

30. Destaque-se (no âmbito de uma bibliografia vastíssima e que não precisa de ser aqui lembrada) o carácter pioneiro do estudo de Engisch, "Sinn und Tragweite juristischer Systematik", *Studium Generale* (1957), pp. 173 e ss.; e depois, como fundamentais, Esser, como na nota 14, p. 44, 239; Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de Menezes Cordeiro da 2ª ed. alemã, 1983), Lisboa: Gulbenkian, 1989, pp. 103 e ss.; e Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de J. Lamego da 5ª ed. alemã, 1983), Lisboa: Gulbenkian, 2 1989, pp. 195 e ss. e 542 e ss. Entre nós cf. sobre o tema Castanheira Neves, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: J. Abrantes, 1968-9, copilog., pp. 328 e ss. e "A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido", *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra: Faculdade de Direito, 1979, p. 150 e ss. A propósito justamente do sistema penal cf. Hünnerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 249 e ss.

31. O caso é pois em seguida apontado apenas como isso mesmo: um exemplo, e não tratado em si mesmo e por si mesmo. Ele corresponde no essencial (não em todos os seus pormenores!) a um caso recentemente tratado na jurisprudência portuguesa: cf. Sentença do 9º Juízo Correccional de Lisboa, de 27.4.1988 e Ac. do Trib. da Rel. de Lisboa, de 29.3.1989, ainda não publicados. Sobre ele, no contexto problemático da falta de consciência do ilícito, Figueiredo Dias, "Der Irrtum als Schuldtauschließungsgrund im portugiesischen Strafrecht", em curso de publicação dos relatórios apresentados ao Colóquio *Rechtfertigung und Entschuldigung* (Junho de 1990), organizado pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg i. Br.

32. Nestes termos, reportando-se à doutrina e à jurisprudência então praticamente indiscutidas, o meu trabalho citado na nota 3, pp. 314 e ss.

33. Fundamental Eduardo Correia, *Direito Criminal* (com a colab. de Figueiredo Dias), I, Coimbra: Almedina, 1963, pp. 27 e ss., *Código Penal Projecto da Parte Geral*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1963, pp. 68 e ss. e "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", BFDC 49 (1973), pp. 217 e ss. Cf. depois, com outras referências bibliográficas, os meus trabalhos citados na nota 24.

34. Como sempre defendeu entre nós Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, II, 1965, pp. 3 e ss..

35. E foi agora concludentemente demonstrado por Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln: Heyman, 1983.

36. Como se segue, no essencial, já Figueiredo Dias, como na nota 3, 1969, pp. 6 e ss., 21 e s.

37. V. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Nachdruck der Aufl. v. 1914: Thibaud und Savigny. Ein programatischer Rechtsstreit), Aalen: Scientia, 1959, p. 89 [30].

38. Deve concordar-se com Roxin, como na nota 13, § 3 n. m. 1, quando assinala que se trata ali, em todo o caso, de duas questões distintas (ao menos de um ponto de vista formal-sistemático e expositivo). Mas é a própria exposição de Roxin sobre os fins das penas a confirmar plenamente a conexão estabelecida em texto (p. ex. § 3 n. m. 8 e 28).

39. Como é hoje geralmente reconhecido. Cf. por outros Mir Puig, *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*, Barcelona: Bosch, 1982.

40. Pioneiro neste reconhecimento revela-se Schmidhäuser, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", Radbruch-GS como na nota 9, 1968, p. 276. Cf. depois também Figueiredo Dias, *Direito Penal 2. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, 1988, § 1 n. m. 3. A crítica segundo a qual o ponto de vista de Schmidhäuser silenciaria "a problematização da função — e da legitimação — do direito penal enquanto

tal", feita por Costa Andrade, como na nota 5, p. 221 (v. tb. p. 21) parece-me impropriedade e radicada num equívoco que *infra*, sob VIII, procurarei pôr a claro.

41. Em todo o caso recentemente reabilitada pela já famosa — mas, sob qualquer perspectiva, inaceitável — concepção chamada dos *just deserts*. Para a crítica cf., por outros, o meu trabalho citado na nota 6, p. 803.

42. A intenção das considerações seguintes não é de modo nenhum a de apresentar uma exposição histórica ou jurídico-comparada da questão das finalidades da pena, ou sequer a de levar a cabo um tratamento minucioso de algumas facetas do tema. Sobre tudo isso já eu tive ocasião de me exprimir múltiplas vezes, por último como na nota 5, *passim*, e, sobretudo, como na nota 40, § 8. A intenção é unicamente a de apontar alguns problemas que no tema se suscitam e que especialmente relevam na perspectiva da construção da doutrina do crime. Também a bibliografia apresentada foi escolhida nesta mesma perspectiva.

43. Assim já eu me exprimi em "O Novo Código de Processo Penal", *BMJ* 369 (1987), p. 22

44. Em Itália esboça-se timidamente a tentativa de revivescência do pensamento retributivo através de uma concepção que a si mesma se designa de nova retribuição. Assim Eusebi, "La 'nuova retribuzione'", in Marinucci/Dolcini (orgs.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 119. Mas esta concepção ou nada acrescenta à da prevenção geral positiva, ou fica mesmo atrás dela ao ver-se impossibilitada de estabelecer a ligação entre prevenção e culpa (sobre estes temas v. a seguir no texto): cf. o meu trabalho citado na nota 6, p. 816 e nota 79.

45. Na verdade, como bem acentuou Maurach, *Tratado de derecho penal* (trad. de Córdoba Roda), I, Barcelona: Ariel, 1962, § 7 I B, a pena retributiva é, por sua própria natureza, uma pena cindida de fins, uma *zwecklose Majestät*!

46. Com particular ênfase, nesta direcção, as obras de Roxin citadas na nota 27 e ainda "Wandlungen der Strafrechtswissenschaft", *JA* 12 (1980), p. 221.

47. Contra todavia Luzon Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid: Complutense, 1979.

48. Fundamentais neste contexto os estudos de Andenaes, "Theory and practice of general prevention through threatening, enforcement and execution of punishment", in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Milano, 1979; e já antes "General prevention revisited: research and policy implications", *JCL&Crim*, 1975, p. 338. No sentido do texto por último Pagliaro, "Aspetti giuridici della prevenzione", *IndP*, 1976, pp. 5 e ss. e "La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi", *RitalDPP*, 1979, pp. 1190 e ss. Diferentemente Schoch, "Empirische Grundlagen der Generalprävention", Jescheck-FS como na nota 24, II, p. 1081, considera "a função geral-preventiva do direito penal em larga medida empiricamente fundada"; mas parece ter em vista, ao afirmá-lo, muito mais a prevenção geral positiva (cf. a seguir, no texto) do que a prevenção geral negativa ou de intimidação.

49. Assim o nota Roxin, como na nota 46, pp. 225 e s.

50. Assim, com particular ênfase, Eduardo Correia, *Código Penal* como na nota 33, pp. 62 e ss.

51. Cf. por último os meus trabalhos citados na nota 6 e na nota 40, deste último sobretudo o § 8.

52. Jakobs, como na nota 23.

53. De "um efeito de satisfação quando a consciência jurídica geral se acalma perante a violação do direito e vê sanado o conflito com o agente" fala neste mesmo sentido Roxin, como na nota 12, § 3 n. m. 27. Foi aliás este autor, deve anotar-se, o primeiro a usar o conceito com este preciso conteúdo: Roxin, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", Bockelmann-FS, München: Beck, 1979, pp. 305 e ss.

54. Sobre o ponto, por último, Moos, "Positive Generalprävention und Vergeltung" e Zipf, "Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)", ambos em Pallin-FS, Wien: Manzche, 1989, resp. pp. 283 e 479.

55. Por último no meu trabalho citado na nota 40, § 8 n. m. 23 e ss.

56. Sobre a idéia da "pena como instituição" v. Eduardo Correia, "A Influência de Franz v. Liszt Sobre a Reforma Penal Portuguesa", *BFDC* 46 (1970), pp. 17 e ss.

57. Assim o defendi no meu trabalho citado na nota 28, pp. 237 e ss. da edição portuguesa, na esteira aliás de Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe: Müller, 1977.

58. Assim Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen: Mohr, 1976.

59. Assim Ellscheid/Hassemer, "Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", in Lüderssen/Sack (orgs.), *Seminar: Abweichendes Verhalten. II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Bd. 1, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1975, p. 266.

60. Nestes termos, e em pormenor sobre o último tema referido, o meu trabalho citado na nota 39, § 8 n. m. 23 e ss.

61. Uma outra questão que apresentaria o maior interesse, mesmo para a consecução dos propósitos que presidem a este escrito, seria a relativa às finalidades da aplicação das medidas de segurança. Dado o já referido carácter fragmentário deste estudo, uma tal questão — à qual a doutrina não tem prestado, em minha opinião, a atenção que merece no contexto aqui relevante — terá de ser encarada noutra oportunidade.

62. Coloco por ora entre parênteses os conceitos ditos "negativos" e "pessoais" de acção, que *infra* nota 72 e sob 3, serão ainda em alguma medida considerados.

63. Jescheck, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung", Eb. Schmidt-FS, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 140; e como na nota 17, § 23 I 2. Cf. aliás já antes Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen: Mohr, 1953, pp. 6 e ss. E por último Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 1-4.

64. Pioneiros desta concepção foram, como é geralmente sabido, Eb. Schmidt, Engisch e Maihofer. Cf. agora, por outros, Jescheck, como na nota 17, § 23; e em Portugal, Eduardo Correia, *Aspectos Fundamentais*

da Problemática do Direito Criminal, Coimbra: J. Abrantes, copiog., 1975, pp. 150 e ss.

65. Pioneiro e principal defensor desta orientação Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin: de Gruyter, 1969, pp. 33 e ss.

66. Cf. já a minha dissertação citada na nota 3, p. 162, espec. notas 56 e 57.

67. Com efeito, se o conceito de acção quiser assumir algum valor para a construção do sistema jurídico-penal (aquilo que Jescheck chama "função de definição"), terá de aceitar, como de há muito se exprimiu Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 245, "uma referência a sentidos e a valores". A acção não poderá então reduzir-se à supradeterminação final de processos causais — a qual, sem si mesma, é tão "cega" quanto a categoria da causalidade, uma vez que independente de qualquer referência axiológica significante; nem tão pouco poderá esgotar-se numa direcção psicológica da vontade — que só de uma perspectiva naturalista poderia considerar-se como tal relevante. Ela terá de conter, sim, também os elementos que dão àquela supradeterminação final um sentido que a torne socialmente esclarecida e significativa. Com o que poderia parecer ter-se aceitado, no essencial, os fundamentos do conceito social de acção. Cf. no entanto a seguir, no texto.

68. Este ponto de vista, que de há muito venho defendendo, oferece agora justamente base à concepção de Roxin de uma conceito pessoal de acção: cf. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 42 e ss, 58 e ss., e *infra*, sob 3.

69. Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg: Elwert, 1964. No sentido da crítica que se segue, quase textualmente, já a minha dissertação citada na nota 3, pp. 164 e ss. Coincidem no essencial agora Hünerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 212 e ss. e Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 24.

70. Cf. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Schwarz, 1959, p. 83; e agora também Stratenwerth, como na nota 2, p. 59 e 63.

71. Cf. sobre o ponto Stratenwerth, "Unbewusste Finalität?", Welzel-FS, Berlin: de Gruyter, 1974, p. 289.

72. Cf. Jakobs, "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", Welze-FS como na nota anterior, p. 307. Sobre a categoria da

"evitabilidade" pretende agora construir-se o chamado "conceito negativo de acção": cf. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 32.

73. Cf. Struensee, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts" e "'Objektives' Risiko und subjektiver Tatbestand", ambos em JZ 1987, pp. 53 e 541.

74. Cf. por outros Stratenwerth, como na nota 1, p. 63; e já antes Cerezo Mir, "Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems", ZStW 71 (1959), p. 135.

75. Isto é hoje doutrina dominante (cf. só Jescheck, como na nota 17, § 23 III 2 b; e Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 19 e ss.), ao menos enquanto se concebe a finalidade apenas como actual e se não confunde, através da finalidade potencial, a acção — que é o que pretende definir-se — com a "capacidade de acção".

76. Assim Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 247; e Cerezo Mir, como na nota 74, p. 141.

77. Fundamentalmente neste sentido Stratenwerth, em recensão ao Lehrbuch de Jescheck; e agora também Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 29.

78. Tanto Jescheck, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung", Eb. Schmidt-FS como na nota 63, p. 153, como agora Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 30, sustentam que as questões do nexo de causalidade e da sua previsibilidade são questões do tipo, não da acção. Mas há aqui, salvo melhor juízo, um equívoco: se o conceito de acção *qua tale* for uma categoria autónoma do sistema, então logo em face dele se têm de pôr — e, na verdade, de forma autónoma relativamente ao degrau da tipicidade — aquelas questões. Está nesta medida em absoluto justificada a sistemática com que a este propósito se depara em Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, §§ 14 e 18 e espec. p. 290.

79. Dir-se-á que o argumento repousa na asserção, não provada, de que no sistema social só há lugar para uma doutrina do tipo da das condições equivalentes. É verdade que se tem procurado fazer investigação ao nível do sistema social sem auxílio do pensamento causa/efeito: cf. p. ex. Gellner, *Cause and Meaning in the Social Sciences*, London:

Routledge & Kegan Paul, 1973. Mas certo é também que quando e onde aquele pensamento causal continue a utilizar-se, ao nível do sistema social, o esquema condicionalista está presente no essencial: cf. Maciver, *Social Causation*, New York, Harper & Row, 1964, e Sorokin, *Sociological theories of today*, New York, Harper & Row, 1966, p. 17.

80. Cf. nota 78.

81. Outrora defensor de uma conclusão céptica sobre o valor do conceito geral de acção para o sistema do crime, inteiramente paralela à que, sob 4, será retirada: cf. Roxin, como na nota 2, p. 108.

82. Um esboço desta concepção encontra-se já em Roxin, como na nota 9, p. 262; e agora, como desenvolvimento, como na nota 13, § 8 n. m. 42 e ss.

83. Como na nota 13, § 8 n. m. 67.

84. Reconhece-o aliás, com notável probidade científica, o próprio Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 51 e s., defendendo todavia que tal não torna de todo inexecutível o cumprimento da função de ligação.

85. Como já de há muito foi sugerido por Radbruch, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", Frank-FG, Tübingen, I, 1930, p. 162.

86. Gallas, como na nota 9, p. 23.

87. Cf. sobre o ponto Figueiredo Dias, *RLI* como na nota 24, pp. 772 e ss.

88. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 55 e s.

89. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 58.

90. Não se trata pois aqui, como pretende Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 40, de consequências de uma atitude descoroçoada de "resignação", mas de uma posição teleologicamente positiva e funcionalmente fundada.

91. Esta concepção que, no essencial, defendi já na minha dissertação citada na nota 3, pp. 167 e ss., encontra-se hoje razoavelmente difundida em recentes exposições dedicadas ao conceito jurídico-penal de acção: cf. além das posições fundamentais de Radbruch e de Gallas, como nas notas 85 e 86, os tratamentos de Roxin, como na nota 2, v. Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung des*

Hegelschule, Heidelberg: Winter, 1966, pp. 149 e ss., Bockelmann, *Strafrecht* AT, München: Beck, ¹1975, p. 50 e s., e de Schmüdhäuser, *Strafrecht* AT, Tübingen: Mohr, ²1975, p. 177 e s. O continuar a jornada pelo caminho assim aberto representa, em meu modo de ver, uma instantânea tarefa da dogmática jurídico-penal, cujos resultados compensarão amplamente algumas das dificuldades que devem ainda ser superadas.

92. Quando se põe a questão de uma construção "bipartida" ou "tripartida" opera-se sempre um certo reducionismo, na medida em que se entra em conta com as categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa, mas não com a da punibilidade. Só porque é esta a designação tradicional da controvérsia continua ela a ser usada aqui.

93. Cf. muito claramente já Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, Paris: Souflot, 1946, pp. 25 e ss. E depois Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris: Cujas, ³1984, distinguindo a *infraction* e a *culpabilité*. Em novíssima data v. J. Pradel, *Droit pénal général*, ⁷1990, pp. 328 e ss. que, como "elementos constitutivos da infracção" distingue apenas "o comportamento" e o "resultado". E sobre o todo Hünnerfeld, *ZStW* como na nota 1, pp. 993 e s.

94. nestes termos também Hünnerfeld, *ZStW* como na nota 1, p. 988.

95. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Lucca, ⁵1877, p. 53 e s.; e o próprio Rocco, "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", *Opere giuridiche*, I, 1933, pp. 443 e ss.

96. Assim tanto Donnedieu de Vabres como Pradel, como na nota 93.

97. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova: Cedam, 1930.

98. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 e *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, Lisboa, 1935.

99. Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 57, vem agora acentuar (em meu juízo com razão, num certo sentido que o texto procurará à frente tornar claro) que "só acções típicas podem ser ilícito jurídico-penal", enquanto a antijuridicidade (= ilicitude, = *Rechtswidri-*

gkeit) "não é nenhuma categoria especial do direito penal".

100. Assim Welze, como na nota 65, § 10 I; e depois Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, Bonn: Rörscheid, 1960.

101. Assim Engisch, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht", *Deutschen Juristentag-FS*, I, Karlsruhe: Müller, 1960, p. 404; e já Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg: Cramer, de Gruyter, 1959, pp. 173 e ss.

Em Portugal Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, II, pp. 4 e ss.; e já de algum modo Cavaleiro de Ferreira, como na nota 98, pp. 77 e ss.

102. Por último Stratenwerth, como na nota 2, p. 69.

103. Neste sentido já a minha dissertação citada na nota 3, pp. 88 e ss. e 416 e ss.

104. Bem pelo contrário, ao que parece: Stratenwerth, como na nota 2, p. 69.

105. Desde a minha dissertação citada na nota 3, pp. 89 e ss.

106. A expressão é de Welzel, como na nota 65, § 10 III. Cf. também Hirsch, "Sozialadäquanz und Unrechtslehre", *ZStW* 74 (1962), p. 109, nota 108.

107. Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 54 e § 10 n. m. 20.

108. Roxin, como na nota 14, § 7 n. m. 57 e ss.

109. Cf. *supra*, nota 19.

110. Neste sentido tendo razão Pradel, como na nota 93, p. 271, quando reconduz toda esta matéria a um *préalable légal de l'infraction*.

111. "In una concezione teleologica del diritto penale il primato spetta indubbiamente all'antigiuridicità", afirmava já Bettiol, *Diritto penale*, Padova: Cedam, ¹¹1982, p. 292: não directamente no contexto, é certo, das relações entre ilícito e tipo, mas em todo o caso num sentido em último termo próximo do assinalado em texto.

112. A expressão — avançada em todo o caso num contexto não de todo coincidente

com o do texto — é como se sabe de Hardwig, “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht”, *ZStW* 68 (1956), p. 36, nota 27.

113. A primeira designação surge em logo Sauer, “Zur Grundlegung des Rechts zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands”, *ZStW* 36 (1915), p. 463 e as restantes em Sauer, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts — und Sozialphilosophie*, Berlin, 1921, pp. 307, 309-310.

114. Designações que surgem em Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infrações*, Coimbra: Atlântida, 1945, pp. 108 e ss., nota 1.

115. Por isso, se bem que as expressões sejam em si mesmas correctas, não basta dizer, com Jescheck, como na nota 17, § 24 III 4 c), que “os elementos do ilícito têm que ser desenvolvidos a partir da essência da antijuridicidade”; ou com Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 174, que “se deve ter consciência de que já na tipicidade se trata — substancialmente — da antijuridicidade”.

116. Acentua correctamente este aspecto das coisas Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 173.

117. Este aspecto, que venho pondo em evidência em vários escritos a partir da minha dissertação citada na nota 3, p. 95 e nota 84, fora já evidenciado por Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 10. Cf. agora também Costa Andrade, como na nota 5, p. 245.

118. Devo por isto, nesta parte, corrigir a minha concepção anterior (como na nota 3, pp. 70-97, espec. 83-85) segundo a qual os tipos-incriminadores e os tipos-justificados concorreriam na determinação do *bem jurídico*, surgindo este como resultado da actuação dos tipos e contra-tipos relativamente a uma conduta concreta. Com o que cometia o erro de transformar o bem jurídico em elemento sistemático e não, como deve, em elemento *transsistemático* imediatamente ligado ao fundamento e à função da intervenção penal. Com inteira correcção Costa Andrade, como na nota 5, pp. 81 e ss., 217 e ss.

119. O que acaba por ser reconhecido pelo próprio Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 18 quando afirma que, em último termo, “fundamentação do ilícito e exclusão do ilf-

cito são só peças de uma unidade mais alta”. E mais à frente, n. m. 23: “é absolutamente legítimo” conceber “o ilícito como uma unidade mais alta de tipo e antijuridicidade”!

120. Assim concluem também, em data recente, Schünemann, como na nota 5, p. 56 e ss. e Herzberg, “Erlaubnistatbestandsirrtum und Delikttaufbau”, *JA*, 1989, p. 294 e ss. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* PG, I, Lisboa: Verbo, 1988, p. 35 e ss.

121. Sobre toda esta matéria já a minha dissertação citada na nota 3, p. 76 e ss. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* PG, I, Lisboa: Verbo, 1988, pp. 35 e ss.

122. Muitos autores continuam de facto a sustentar que, de acordo com a regra do Estado de Direito, não podem existir tipos abertos e que as características especiais do dever jurídico ou são só menções redundantes da antijuridicidade ou são insustentáveis. Cf. sobre toda esta problemática, por último, Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 43 e ss.

123. Assim por exemplo Sax, “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung”, *JZ* 1976, p. 9, 80, 429, defende que a idêia da adequação social pode ser substituída vantajosamente pelo critério da “limitação da responsabilidade através do fim de protecção da norma”; enquanto muitos outros autores sustentam que ela acaba inevitavelmente por dissolver-se em puros critérios de interpretação do tipo adequada ao bem jurídico: Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 41.

124. Assim Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 37.

125. Existe hoje largo consenso quanto a esta conclusão, mesmo entre os autores receptivos a uma concepção final da acção ou à localização do dolo e da negligência no tipo-de-ilícito. Cf. só Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 230 e ss.; Jescheck, como na nota 17, § 24 III 4 c); e por último Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 67.

126. Assim Roxin, como na nota 9, pp. 50 e ss. O argumento já não consta porém, tanto quanto me foi dado ver, do seu último tratamento da matéria: como na nota 13, § 10 n. m. 62 e ss.

127. Assim, Jescheck, como na nota 125.

128. Esta afirmação pode suscitar dificuldades no que toca ao "facto dos inimputáveis", pondo em questão uma das funções que, segundo Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 60, estaria teleologicamente destinada a ser cumprida pela categoria do ilícito: a de constituir ponto de enlace das medidas de segurança. Mas também esta questão só pode ser decidida num estudo especificamente destinado ao esclarecimento dos problemas jurídico-penais dos inimputáveis e das medidas de segurança.

129. Conclusão excelentemente posta em evidência por Engisch, como na nota 101, p. 416.

130. O argumento que se segue foi, no essencial, apresentado logo na minha dissertação de 6º ano *Responsabilidade Pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra: J. Abrantes, dactilog., 1961, pp. 57 e ss., cf. agora, por último, Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 64.

131. Fundamental nesta linha de pensamento Roxin, como na nota 2, pp. 109 e ss; cf. porém agora, de forma mais atenuada, como na nota 13, § 10 n. m. 69.

132. Cf. sobretudo Welzel, como na nota 65, § 22 III e Hirsch, como na nota 100, p. 345.

133. Assim Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 252 e 321 e ss. e ainda agora Cavaleiro de Ferreira, como na nota 120, pp. 206 e ss.

134. Pioneiro, nesta via, Gallas, como na nota 9, p. 63. Agora sobretudo Jescheck, como na nota 17, § 24 III 5 e Hünerfeld, como na nota 1, *Strafrechtsdogmatik* p. 233 e ss., e ZStW p. 1000 e ss. (sendo eu contado por estes dois autores, expressamente, como adepto desta concepção).

135. Assim o anunciava já eu, na esteira de Gallas, na minha dissertação citada na nota 131, pp. 55 e ss. e 64 e ss.

136. E na verdade correspondente à sua compreensão mais lata, que abrange o conteúdo de ilícito da própria negligência consciente. No mesmo sentido Gallas, como na nota 9, pp. 57 e ss.

137. Entre nós, p. ex., mesmo Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 423, para quem, como se assinalou *supra*, nota 134, dolo e negligência são todavia elementos da culpa.

DOCTRINA NACIONAL

A ATUALIDADE DO PENSAMENTO PROCESSUAL DE FRANCESCO CARRARA

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Universidade de São Paulo¹

1. Introdução; 2. O pensamento processual de Carrara em face da Constituição brasileira: 2.1 A autonomia do Poder Judiciário; 2.2 O processo penal como instrumento de tutela dos direitos; 2.3 As condições essenciais do juízo penal; 2.3.1 As pessoas: a) equilíbrio entre acusação e defesa; b) acusador; c) acusado; d) juiz; 2.3.2 — Os atos: a) defesa e contraditório efetivos; b) a sentença; 2.4 — Juízes cidadãos e Juízes magistrados; 2.4.1 — Juízes populares; 2.4.2 — Convicção íntima e convencimento racional; 3. Conclusão.

1. Introdução

Embora não se possa sustentar a influência do *Programma* de Francesco Carrara sobre a legislação brasileira do século XIX, que a partir de 1821 já havia incorporado as idéias liberais portuguesas,² não se pode duvidar a respeito da confluência das posições que se afirmavam no Brasil na segunda metade do século XIX e da importância do pensamento do Mestre, que acabariam impregnando a evolução do direito e do processo penais brasileiros. Pensamento este que se faz presente até hoje e que permeia muitas das posições da doutrina contemporânea.³

Este nosso estudo, que pretende render homenagem à modernidade do pensamento do grande luquês, não olhará ao passado mas ao presente, propondo-se um confronto dos ideais processuais de Francesco Carrara, em cotejo com a Constituição brasileira de 1988.

2. O pensamento processual de Carrara em face da Constituição brasileira

2.1. A autonomia do Poder Judiciário

“I giudici sono la legge incarnata e parlante, e il potere esecutivo nelle opere del diritto non fa che passivamente obbedire ai loro pronunciati. Ma perchè il potere giudiziario corrisponda effettivamente a questa sua sacra missione, compimento della vera civiltà, bisogna che sia il più possibile emancipato dal potere esecutivo” (Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale*, Lucca, 1877, 5ª ed., II 305).

A independência do Poder Judiciário, pedra de toque do Estado de Direito e da proteção dos cidadãos, foi reforçada pela Constituição brasileira, que acrescentou às clássicas garantias da magistratura⁴ a da autonomia financeira, necessária para resgatar o Judiciário de interferências ou pressões do Executivo⁵.

A autonomia administrativa e financeira é assegurada ao Poder Judiciário pelo art. 99 da CF, cujos parágrafos fixam as regras para a apresentação da proposta orçamentária, elaborada dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Fica assim satisfeita antiga aspiração da magistratura brasileira, cuja independência política era frequentemente obstaculada pela necessidade de gestões constrangedoras para a obtenção dos recursos necessários ao exercício da função jurisdicional.

2.2 O processo penal como instrumento de tutela dos direitos

"Laonde dovendo essere il giudizio penale l'ultimo strumento della tutela del diritto, è evidente che gli ordinamenti procedurali vogliono essere composti a doppio servizio: tutela cioè del diritto che hanno i buoni alla punizione del colpevole; e tutela del diritto che ha il giudicabile di non essere sottoposto a punizione senza demeriti, od oltre la giusta misura dei suoi demeriti" "Nel conflitto tra questi due bisogni qual è che deve prevalere? Senza dubbio quello di tutelare il diritto dell' accusato" (op. cit., p. 339 e nota n. 1).

"Ora questa necessità di ottenere un giudizio idoneo sulla realtà e sulla punizione, che sia atto di ragione presuntivamente conforme al vero, conduce alla ulteriore necessità che il legislatore prescriva un rito impreteribile agli uomini destinati a giudicare, e che a cotesto rito scrupolosamente si uniformino i giudicanti" (op. cit., p. 337).

As garantias processuais do acusado — instituídas não apenas para a tutela das partes, mas sobretudo como garantia da jurisdição,⁶ de que as Constituições brasileiras sempre foram pródigas para o processo penal, a Lei Maior acrescenta agora uma ampla fórmula,

que parece concentrar as idéias semeadas pelo Mestre e depois acolhidas pela doutrina constitucional. O art. 5º, n. LIV, estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo penal".⁷

2.3 As condições essenciais do juízo penal

"La natura del giudizio criminale, che lo destina ad essere un atto di ragione, il suo principio fondamentale, i suoi fini, concorrono a persuadere che devono esservi nel giudizio condizioni essenziali, assolute, indispensabili al medesimo in tutti i luoghi, in tutti i tempi, e sotto tutte le forme alle quali si atteggi. Condizioni che non possono mancarvi senza far degenerare il giure penale in un abuso di forza". "Esse appellano o alle persone, o agli atti" (op. cit., pp. 347-348).

2.3.1 As pessoas

"Le persone impreteribilmente necessarie al giudizio penale sono tre: accusatore, reo e giudice" (op. cit., p. 348).

Dessas luminosas palavras ressalta a modernidade da visão de Carrara sobre a tríplice relação processual penal⁸ e sobre o processo, considerado como procedimento em contraditório.⁹ Idéias estas já assimiladas pelo sistema brasileiro, que agora as eleva a categoria constitucional, como se passa a ver.

a) Equilíbrio entre acusação e defesa

"Ed anche nel processo penale tutte le potestà che si concedono alla difesa (i diritti della quale tutti acclamano come sacri) altro non è che un contrappeso necessario a moderare le potestà dell'accusa" (op. cit., p. 299).

"Che dunque sono due contenuti inseparabili dal debito di mantenere la

tutela jurídica, così l'obbligo che corre alla autorità di provvedere alla accusa come l'obbligo che le corre di provvedere alla difesa"

"Che deve necessariamente l'autorità sociale delegare lo adempimento di questi due doveri ad individui che possano disimpegnarli, cioè l'obbligo di proteggere il diritto con l'accusa agli agenti della forza, Pubblici Ministeri, e simili; e l'obbligo di proteggere il diritto con la difesa, ai Magistrati ed ai Patroni; ma sempre prelativamente ai patroni; e soltanto suppletoriamente ai Magistrati" (op. cit., p. 342).

Pela primeira vez, o sistema constitucional brasileiro coloca lado a lado não apenas as funções da acusação e da defesa, mas também as pessoas e os órgãos delas encarregados. O Título IV da Constituição (dedicado à organização dos Poderes), imediatamente após o Capítulo dedicado ao Poder Judiciário, abre outro, intitulado "Das funções essenciais à justiça", no qual insere, ao lado do Ministério Público (matéria tradicionalmente constitucional), o advogado e o defensor público.

Do advogado o art. 133 da CF afirma a indispensabilidade à administração da justiça, considerando-o inviolável por atos e manifestações praticados no exercício da profissão, nos limites da lei. Os defensores públicos, organizados em carreira para a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, gozam de garantias paralelas às asseguradas ao MP (art. 134 da CF).

b) Acusador

"Perchè separato affatto cotesto ufficio da ogni rappresentanza della corona e da ogni cupidigia fiscale, (il pubblico ministero) ha potuto assumere più nitida la divisa dell'imparzialità, considerandosi come rappresentante della legge" (op. cit., p. 408).

"I suoi precipui doveri sono la imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia" (op. cit., p. 414).

Desvincular o Ministério Público do Poder Executivo, que antes integrava,¹⁰ significa aumentar a imparcialidade do órgão, que de resto já tinha se firmado no curso dos últimos anos. As novas normas constitucionais, por outro lado, asseguram-lhe completa independência, seja pelo que concerne à nomeação e mandato do Procurador-Geral, seja pelas garantias e proibições estatuídas para os integrantes da carreira, simétricas às dos órgãos da magistratura (arts. 127 *usque* 130 CF). O *parquet* pré-ordenado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, têm como função institucional, antes de tudo, a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I) — com o temperamento da ação privada subsidiária da pública, em caso da inércia do MP (art. 5º, inc. LIX) — acompanhada pelo controle externo sobre a atividade da polícia judiciária (art. 129, n. VII).

c) Acusado

"La difesa non è un privilegio, nè una concessione voluta dalla umanità. É un vero diritto originario dell'uomo, e perciò inalienabile" (op. cit., p. 548).

"Dall'asserzione di questi principii consegue che il reo non possa rinunziare alla propria difesa: e debba, anche suo malgrado, assegnarglisi persona capace a patrocinare la sua causa..." (op. cit., p. 550).

Esses princípios são francamente acolhidos pelas normas da Constituição, que tratam da ampla defesa e do contraditório (art. 5º n. LV),¹¹ às quais se acrescenta agora a garantia da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insufi-

ciência de recursos: art. 5º, n. LXXIV, completado pela regra da indispensabilidade do advogado e pela previsão de órgãos para a defesa pública.¹²

"La contestazione dell'accusa nientepugna che si faccia pede libero" (op. cit., p. 446).

"Siffatta custodia preventiva considerata meramente rispetto ai bisogni della procedura, non potrebbe essere che brevissima"... "e deve cercarsi di temperarla col provvedimento della liberazione provvisoria mediante cauzione" (op. cit., pp. 449 e 451).

"Ove la custodia preventiva, e così l'arresto del reo, possa aver luogo, le regole che devono dominare tale arresto sono le seguenti: 1º que (tranne i casi di flagrancia o quasi flagrancia) non possa alcuno essere arrestato senza mandato di giudice; ... 3º que in certi casi debba ammettersi la liberazione provvisoria sotto cauzione; 4º que il reo non debba soggettarsi a violenze e rigori eccedenti la mera necessità di arrestarlo, di custodirlo o di segregarlo; 5º que appena arrestato debba esibirsi all'autorità competente..." (op. cit., p. 454).

A regra constitucional clássica segundo a qual "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente", a CF/88 acrescenta que a ordem há de ser fundamentada¹³ e a autoridade necessariamente judiciária (art. 5º, n. LXVI). Contempla-se, com relação à prisão em flagrante, o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança (inc. LXVI): são ainda previstas a imediata comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (n. LXII) e, em caso de prisão ilegal, seu imediato relaxamento pela autoridade judiciária (n. LXV), que se pode obter pela tradicional garantia do *habeas corpus* (n. LXVIII). Tudo a indicar a excepcionalidade da prisão cautelar, restrita a casos de absoluta necessidade.

"Che il reo abbia diritto a tacere, e non gli si possa fare alcun carico del suo rifiuto a rispondere, e molto meno (a mio credere) costituirne una nuova circostanza aggravante lo ha riconosciuto Bonneville, e Dessalles e già lo aveva insegnato quel precursore di tante verità che fu Pietro Ayrault" (op. cit., p. 497).

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, a Lei Maior erige em dogma o direito ao silêncio do acusado, no n. LXIII do art. 5º.¹⁴

"Il più barbaro, il più esecrato, e il più illogico fra i suggesti reali è la tortura" (op. cit., p. 506).

Além da regra clássica que assegura ao preso o respeito à integridade física e moral (n. XLIX do art. 5º da CF), no n. III a Constituição acrescenta que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Por sua vez, o n. XLIII do mesmo dispositivo determina que a lei considere a prática de tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-la, se omitirem; e o n. XLIV assegura ao preso o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial.

d) O juiz

"La persona del giudice (...) si costituisce della giurisdizione o competenza. Nella giurisdizione sta tutta la essenza del giudice" (op. cit., p. 419).

O sistema jurídico brasileiro eleva tradicionalmente a estatura constitucional numerosas regras de competência, atribuindo-a na Lei fundamental a diversos órgãos jurisdicionais, especializados de acordo com a matéria ou as pessoas (competência de jurisdição). E é ainda a Constituição que fixa a competência funcional originária dos denominados tribunais superiores (compe-

tência originária), assim como algumas regras de competência recursal. Assim, as regras de competência, no Brasil, são antes de tudo constitucionais, e só depois legais (competência de foro e de juízo).

Nesse quadro, é extremamente importante a garantia constitucional do juiz competente (entendido como juiz constitucionalmente competente), como um dos aspectos do princípio do juiz natural.¹⁵ Com efeito, o n. LIII do art. 5º estabelece: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

2.3.2 Os atos

"Gli atti che debbono sotto uno o altro nome o forma, tutti ritrovarsi nel giudizio penale sono quattro: la contestazione dell'accusa; la prova; la difesa; la sentenza" (op. cit., p. 349).

a) Defesa e contraditório efetivos

"É un errore (...) lo annettere una idea di disuguaglianza fra accusatore e difensore. Se il pubblico ministero rappresenta la società nello interesse della punizione e della colpa; il difensore rappresenta la società nello interesse dell'innocenza" (op. cit. p. 561).

"La difesa, se non vuolsi privilegiata, deve almeno essere alla pari con l'accusa — 1) nei termini — 2) nella facoltà di provare — 3) nella libertà della discussione" (op. cit., p. 560).

"Non basta che l'accusa vi sia, se non è contestada dal reo. La contestazione è necessaria per diritto che ha il reo di presentare le sue difese, e per lo interesse grandissimo di tutta la società che il giudizio obiettivo riesca conforme al vero" (op. cit., p. 434).

Fiel à garantia da defesa e do contraditório, que doutrina e jurisprudência brasileiras exigem sejam efetivos e não apenas formais,¹⁶ a Constituição, no n.

LV do art. 5º estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Ademais, o n. LVII do mesmo dispositivo insere pela primeira vez em uma Constituição brasileira a regra segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". E o princípio é complementado pelo inc. LVIII, que assegura a quem já tenha sido civilmente identificado a não submissão a identificação penal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Recorde-se, finalmente, que a Constituição se refere expressamente, no âmbito da administração da justiça, à indispensabilidade da função do advogado e à instituição dos órgãos da defensoria pública, estes com garantias equivalentes às do MP,¹⁷ de modo a assegurar defesa e contraditório efetivos e em equilíbrio com a acusação.

b) A sentença

"Condizioni o forme intrinseche della sentenza definitiva sono: (...) 2) la motivazione in diritto, la quale deve parimenti essere univoca, positiva, e completa" (op. cit., p. 573).

"Una sentenza che non dia sfogo coerente e completo sia alle questioni elevate dall'accusa, sia alle deduzioni defensionali (si in fatto come in diritto) è nulla nel primo caso per denegata giustizia, e per conculcata difesa nel secondo" (op. cit., p. 576).

Pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, a Lei Maior eleva a categoria fundamental a garantia da motivação das decisões judiciais,¹⁸ sob pena de nulidade (art. 93, n. IX).

"Compiuto mercè la sentenza il giudizio, è doveroso correggerlo se vizioso" (op. cit., p. 589).

A Constituição guarda fidelidade à tradicional técnica brasileira que prevê, nas regras de organização judiciária e de competência, os diferentes meios de impugnação das sentenças, que podem ter natureza jurídica de recurso ou de ação autônoma.¹⁹ Discute-se, todavia, quanto à existência, entre nós, da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, segundo muitos implicitamente acolhido no sistema,²⁰ mas que não recebeu reconhecimento expresso na Constituição.

2.4 Juízes cidadãos e juízes magistrados

“E qui si trova costante e perenne l’alternativa di due metodi opposti che si esprimono con le due formule giudici cittadini e giudici magistrati” (op. cit. p. 277).

2.4.1 Juízes populares

“Guardati politicamente essi (i giurati) sono una deduzione logica di ogni libero reggimento. Messo il popolo a parte del potere legislativo, è incoerente negargli parte nello esercizio del potere giudiziario” (op. cit., p. 471).

“Sotto il rapporto della giustizia, essi porgono occasione a censura per mancanza di cognizioni legali. (...) Il rimprovero ai giurati può eliminarsi con una buona legge organica che restringa veramente al puro fatto le questioni da proporsi loro ...” (op. cit., p. 473).

“Finalmente sotto il rapporto morale, la giuria è utile mezzo per educare il popolo; affezionarlo alla cosa pubblica; e rendere più simpatica e più efficace la penalità, con grande incremento della sua forza morale oggettiva” (op. cit., p. 474).

Com essas palavras, há mais de cem anos Carrara defendia a instituição do Júri, pondo de realce seu fundamento político, jurídico e sociológico. E há mais de 150 anos o ordenamento brasileiro preserva os juízes populares, cujo julgamento se limita ao fato.²¹

A Constituição anterior limitava a competência do Tribunal do Júri ao campo penal e, neste, aos crimes dolosos contra a vida. A vigente Constituição, no art. 5º, n. XXXVIII, refere-se à mesma competência, mas a fórmula ora utilizada não exclui a possibilidade de sua ampliação por lei.

Ao lado do Júri, a Constituição ocupa-se de outros juízes populares. O art. 98, I, ao prescrever aos Estados e à União, para o Distrito Federal e os Territórios, a obrigação de criarem juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, prevê sua composição por juízes togados ou togados e leigos. E o n. II determina às mesmas pessoas políticas a criação da justiça de paz, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para celebrar casamentos, verificar o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras, previstas na legislação.²²

Finalmente, a Constituição preserva a sistemática tradicional no que concerne à participação de advogados e membros do MP na proporção de um quinto dos Tribunais estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios, ampliando o previsto na Constituição anterior, para compreender na mesma técnica os Tribunais Regionais Federais (art. 94 da CF); e mantém as formas de escabinado para a Justiça Militar, Eleitoral e Trabalhista (arts. 123, 119 e 111 da CF).

2.4.2 *Convicção íntima e convencimento racional*

"I miei pensieri su tale argomento e come io creda conciliabile il sistema della intima convinzione con la motivazione ragionata del fatto, le sono cose già note al pubblico per precedenti miei scritti" (op. cit., p. 314, nota n. 1).

"Il sistema della intima convinzione è storicamente il più antico ...". "Questo principio ha tutta la sua razionalità se si congiunge alla istituzione dei giurati", "... il rimprovero ai giurati può eliminarsi con una buona legge organica che restringa veramente al puro fatto le questioni da proporsi loro ..." (op. cit., pp. 466, 469 e 473).

Os jurados brasileiros julgam segundo consciência, mas apenas questões de fato. A denominada *soberania dos vereditos*²³ — restabelecida em nível constitucional pelo art. 5º, n. XXXVIII²⁴ — encontra limites e controles na lei, que permite ao Tribunal de segundo grau a cassação do veredito, quando *manifestamente contrário à prova dos autos*.²⁵

3. Conclusão

A atualidade do pensamento de Francesco Carrara espelha-se na Constituição brasileira que, decorridos cem anos da morte do Mestre, reproduz muitos de seus ensinamentos.

Para o processo penal, encontram-se no texto constitucional brasileiro diversas idéias do Mestre que, conquanto manifestadas no século passado, surpreendem pela modernidade: a autonomia do Poder Judiciário, o processo como instrumento de garantia, a triplíce relação penal, o processo acusatório, o equilíbrio entre as funções de acusar e de defender, as pessoas do juiz, do acusador e do acusado; as garantias da defesa e do contraditório efetivos, a motivação das decisões judi-

árias; os juízes populares e os fundamentos político, sociológico e jurídico do Tribunal do Júri; a conciliabilidade do julgamento *secundum conscientiam* com o sistema do livre convencimento.

E isso porque os pontos essenciais do processo penal, magistralmente salientados por Carrara, constituem ainda hoje as pilastras de um processo democrático e garantidor, de modo que as lições de um século atrás permeiam e revigoram o processo constitucional contemporâneo.

NOTAS

1. Versão para o português do trabalho apresentado em italiano ao Congresso Internacional "Francesco Carrara nel Primo Centenario della Morte", Lucca-Pisa 2-5.6.88, sendo os Atos do Congresso publicados por Giuffrè, Milão, 1991 (pp. 629-644). As referências do texto italiano eram feitas ao Projeto de Constituição aprovado em primeiro turno de votação pela Assembléia Nacional Constituinte. Além de atualizar as referências, ora feitas à CF/88, o texto em português suprimiu algumas notas de rodapé sobre o sistema brasileiro, destinadas ao esclarecimento do leitor italiano.

2. Portugal havia extinto as devassas gerais em 1821 e no mesmo ano o Príncipe regente Dom Pedro, no Brasil, assegurava à defesa a possibilidade de intervir em alguns atos instrutórios. Em 1822, o Príncipe determinava aos juízes que observassem o que fora estabelecido pela Constituição portuguesa de 1821, que reconhecia ao acusado diversas garantias e prescrevia a abolição de penas infamantes e da tortura. Em 1822 era instituído o Tribunal do Júri para os crimes de imprensa. Com a proclamação da Independência, as idéias liberais que avançavam na Europa receberam total acolhida, de modo que a Constituição do Império, de 1824, definia, no art. 179, *os direitos civis e políticos do cidadão brasileiro*, estabelecendo direitos e garantias no campo penal e consagrando o Tribunal do Júri como ramo do Poder Judiciário. O movimento de reação às tenebrosas leis anteriores da monarquia portuguesa veio depois culminar no Código Criminal brasi-

leiro de 1830 e sobretudo no Código de Processo Criminal de 1832, síntese das aspirações liberais da época. Nele o Tribunal do Júri recebeu competência tão ampla, que chegou a ser considerada superior ao grau de desenvolvimento da nação que se formava (Francisco Whitaker, *O Júri*, 6ª ed., pp. 8-9). Até 1841, a legislação brasileira denotou marcado espírito anti-inquisitório, preservando o país de certos resíduos absolutistas que ainda se podiam notar nos Códigos europeus e que, sob alguns aspectos, permanecem até hoje. A contra-reação da monarquia brasileira, com o denominado *policialismo judiciário*, introduzido em 1841 — e que, apesar de tudo, não chegou a contaminar as formas liberais do procedimento — acabou novamente superada em 1871, quando a justiça foi separada da polícia e o sistema penal brasileiro reconduzido ao leito da plena fidelidade aos postulados do modelo liberal.

3. Para o processo penal, v., por todos, as referências de José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, SP, 1980, I/132; Romeu Pires de Campos Barros, *Processo penal cautelar*, RJ, 1982, p. 83; Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, SP, 1982 (2ª ed.), p. 45.

4. Sobre a independência política da magistratura, no ordenamento brasileiro, v. Ada Pellegrini Grinover, "A independência do juiz brasileiro", *Relação nacional apresentada ao VII Congresso internacional de direito processual*, Würzburg, 1983, in *O processo em sua unidade II*, RJ, 1984, pp. 41 e ss.

5. Ada Pellegrini Grinover, op. cit., pp. 43-45.

6. Ada Pellegrini Grinover, "Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória", in *O processo constitucional em marcha*, SP, 1985, pp. 6 e ss.

7. Como veremos, em diversos incisos do art. 5º a Constituição assegura as garantias específicas da ampla defesa, do contraditório, da motivação e publicidade dos atos processuais, da presunção de não culpabilidade, da liberdade provisória, do direito ao silêncio, etc.

8. Sobre a relação processual penal, no Brasil, v., por todos, Helio Tornaghi, *A relação processual penal*, SP, 1987.

9. Sobre o processo, como procedimento em contraditório, v., no Brasil, Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, SP, 1987, pp. 177 e ss.

10. V. *supra*, a).

11. V. *infra*, n. 2.3.2, a).

12. V. *supra*, a).

13. Sobre a garantia da motivação das decisões judiciais, v. *infra*, n. 2.3.2, b).

14. A respeito do direito ao silêncio, no sistema brasileiro anterior, v. Pellegrini Grinover, "Interrogatório do réu e direito ao silêncio", in *O processo em sua unidade*, SP, 1978, pp. 95 e ss. E, para o sistema atual, Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 2ª ed., SP, 1992, pp. 66-69.

15. A doutrina constitucional-processual anterior considerava implícita, no princípio do juiz natural, a garantia do juiz competente: v. Pellegrini Grinover, "O princípio do juiz natural e sua dupla garantia", in *O processo em sua unidade* — II, Rio, 1984, pp. 3-40. Sobre a garantia agora explícita do juiz competente, como juiz constitucionalmente competente, v. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades cit.*, pp. 38-42.

16. Várias decisões sobre a aplicação prática da garantia do contraditório estão coletadas no volume organizado por Pellegrini Grinover, *O processo constitucional em marcha*, cit.

17. V. *supra*, n. 2.3.1, a).

18. Sobre a motivação das decisões judiciais, vista como garantia das partes e da jurisdição, mesmo sem norma constitucional expressa, v. José Carlos Barbosa Moreira, "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito", in *Temas de direito processual — Segunda série*, RJ, 1980, pp. 83 e ss.

19. Embora incluídos pelo Código de Processo Penal entre os recursos, a doutrina considera ações autônomas, no juízo penal, a revisão (arts. 621 e ss. CPP) e o *habeas corpus* (arts. 647 e ss. CPP), este também utilizável contra as decisões judiciais.

20. Cf. Calmon de Passos, "O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição", in *Revista da Procuradoria-Geral de São Paulo*, pp. 17/123 e ss.; Pellegrini Grinover, *Os*

princípios constitucionais e o CPC, São Paulo, 1975, pp. 137 e ss.

21. Instituído por lei em 1822, o Júri teve inicialmente competência restrita aos crimes de imprensa. A Constituição imperial de 1824 elevou o Tribunal do Júri a categoria constitucional, prescrevendo, no art. 151, que o Poder Judiciário, independente, se compunha de juízes e de jurados, seja para o processo penal, seja para o civil, nos casos e modos previstos pelos Códigos. E, no art. 152, que os jurados julgariam o fato, enquanto os juízes aplicariam a lei. O Código de Processo Criminal de 1832 ampliou a competência do Júri (v. *supra*, nota n. 2) e a Constituição Republicana de 1891 manteve a instituição, no art. 72, § 32. Mas o Júri entrou em franca decadência, até que a Constituição de 1946 o revigorou, com o atributo da soberania do veredito. Sobre a soberania do Júri, v. *infra*, n. 2.4.2 e notas 23 a 25.

22. A justiça de paz, instituído durante o período imperial com importantes funções conciliativas, foi aos poucos diminuindo de importância, até guardar apenas atribuições limitadas à celebração de casamentos. Mas o ressurgir do interesse pelas vias conciliativas, com a criação, nos últimos anos, dos Conselhos ou Juizados Informais de Conciliação e dos Juizados de Pequenas Causas, levou à reavaliação das vias alternativas ao

processo e poderá conduzir à ampliação legislativa das atribuições do juiz de paz. V., sobre a conciliação extrajudicial e sobre os Juizados de Pequenas Causas, Pellegrini Grinover, "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", in *Novas tendências do direito processual*, Rio-SP, 2ª ed., 1990, pp. 175-196.

23. A expressão é entendida como proibição de outros órgãos jurisdicionais se sobreponem ao veredito do Júri para exercerem o *iudicium rescindens* e o *rescissorium*. Em outras palavras, a sentença calcada no veredito dos jurados não pode ser substituída por outra que não o seja (José Frederico Marques, *A instituição do júri*, SP, 1963, p. 40). Em caso de anulação do veredito, portanto, outro Tribunal do Júri será chamado a julgar.

24. A lei processual sempre considerou soberano o veredito dos jurados; e mesmo quando a Constituição não se referia a tal atributo, a doutrina sustentou prevalentemente a inerência da soberania aos vereditos (v., por todos, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, SP, 1986, 8ª ed., IV/42. Contra, José Frederico Marques, *Tratado cit.*, p. 285).

25. Nesse caso, o veredito dos jurados é anulado, mas não se permite nova apelação, pelo mesmo fundamento, após o segundo veredito dos jurados (art. 593, III, d) e § 3º do CPP).

MÁ PRESTAÇÃO JUDICIAL E INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE

ADAUTO SUANNES

(Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de S. Paulo, Membro da Associação Juizes para a Democracia e sócio fundados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.)

1. O serviço judiciário — 2. A responsabilidade — 3. Conclusões.

1. O serviço judiciário

Está dito no art. 5º, XXXII, da CF, que o Estado deverá promover a defesa do consumidor, na forma da lei. O art. 175, por seu turno, alude à prestação dos serviços públicos, prevendo o parágrafo, ainda uma vez, que a lei deverá tratar dos “direitos dos usuários” desse serviço, devendo o Poder Público mantê-lo de forma adequada (ns. II e IV).

Determinou, ainda, o legislador constituinte ao Poder Legislativo a elaboração de um código de defesa do consumidor (art. 28 do ADT), prevenindo-se a concorrência do Estado Federado para legislar sobre o assunto (CF, Art. 24, VIII).

Os chamados “direitos do consumidor”, portanto, estão incluídos na grande classe dos direitos fundamentais da pessoa, donde decorrer ao prestador de serviços, seja ele particular, seja ele público, todo respeito a esse direito, respondendo sempre pelo mau funcionamento do serviço o ente particular ou público encarregado da prestação.

Interessa à nossa reflexão o serviço público, dele cuidando o art. 37 da Magna Carta, ao contemplar os grandes princípios que devem nortear sua prestação: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Faltou aí, seguramente, um quinto princípio: o da *eficiência*, pois serviço ineficiente, seja ele prestado por entidade particular, seja ele prestado por entidade pública, contém contradição em seus próprios termos, já que todo serviço traz em si uma finalidade. Se o usuário não puder contar com o serviço de transportes, como poderá cumprir seus compromissos, se estes devem ser executados a tempo e hora? Bem por isso, o § 6º do mencionado artigo prevê que: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus *agentes*, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Comparando-se esse texto com aquele da Constituição anterior, veremos que alguma diferença há entre eles: “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus *funcionários*, nessa qualidade, causarem a terceiros” (art. 107), ressaltando o parágrafo o direito de regresso contra o servidor que tenha atuado com dolo ou culpa.

O texto atual parece-nos mais adequado, não só por aludir às entidades particulares concessionárias ou per-

missionárias de serviços públicos, como por substituir a expressão *funcionário* por outra de maior alcance: *agente*.

A Lei 8.078/90, alçunhada Código de Defesa do Consumidor, veio a contemplar a responsabilidade pela prestação do serviço público, ao prever, em inúmeros dispositivos, normas disciplinadoras da programática previsão contida nos arts. 2º e 3º onde se considera *serviço* “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas”, sendo *consumidor* “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O art. 4º alude a uma “Política Nacional de Relações de Consumo”, um de cujos princípios sendo a “racionalização e melhoria dos serviços públicos”.

O art. 22 do CDC enfatiza que “os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, nada mais sendo do que explicitação do princípio constitucional segundo o qual o serviço público deverá ser “adequado”, i. é, executados em respeito aos “direitos dos usuários” (art. 175, parágrafo único, ns. II e IV).

“Nos casos de descumprimento total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas e cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código” diz o parágrafo do art. 22.

Ainda uma vez enfatiza o CDC, no art. 6º, os ali chamados “direitos do consumidor”, dentre os quais “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou repara-

ção dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados” e “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (ns. VII e X).

Postas essas premissas, podemos concluir que: a) é de índole constitucional o direito do consumidor a uma prestação de serviço público efetuada de forma “adequada”, i. é, dotada de segurança e eficiência, onde se inclui, necessariamente, o serviço judiciário, pois a prestação jurisdicional, prometida no art. 5º, XXXV, não pode deixar de atentar para o princípio ético segundo o qual “justiça tardia é justiça azeda”; b) o juiz, mesmo que não seja considerado “funcionário público”, como tantas vezes se afirmou até aqui, é, sem dúvida, “agente” do Estado na administração de serviço público, como é a atividade jurisdicional; c) as regras processuais que asseguram ao juiz decidir “de acordo com sua consciência” não excluem a necessidade de motivação, que também é de índole constitucional (cf. art. 193, IX), tanto quanto a necessidade de observância de deveres processuais, como o de assegurar o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (n. LV do art. 5º da CF); d) o juiz está sujeito a uma Deontologia Jurídica, concebida como um conjunto de deveres, notadamente com vistas a assegurar às partes seus direitos processuais constitucionais, geralmente sintetizados na expressão *due process of law*, que a mais não se destina do que a um julgamento justo.

2. A responsabilidade

Em seu festejado e definitivo livro, o Min. José de Aguiar Dias já discorria longamente sobre as exceções ao princípio da responsabilidade do Estado. Escrevia ele que “a doutrina corrente é no sentido de que os atos derivados do

exercício da função jurisdicional não empenham a responsabilidade do Estado, salvo as exceções expressamente estabelecidas na lei. Duez, a este propósito, formula sua estranheza ante o fato de não se reconhecer à vítima do dano provindo de atos jurisdicionais o direito a reparação pecuniária pelo prejuízo material ou moral que tenha sofrido. O único esforço registrado em atenção a essa situação é o empenho em tornar o erro jurídico o mais raro possível. Como é evidente que, apesar de tudo, a justiça dos homens é falível, a não reparação se torna uma gritante iniquidade, a que tanto mais sensível será a consciência pública quanto mais imbuída estiver do espírito de legalidade" (*Da Responsabilidade Civil*, v. III, n. 214).

Escrevendo em 1982, a Prof^a Ada Pellegrini Grinover anotava a respeito da "responsabilidade legal do juiz" que: "começa a despontar, no ordenamento brasileiro, a tendência a aplicar o dispositivo (do art. 107 da CF então vigente) também à função jurisdicional. Assim como nos demais países pertencentes ao sistema da *civil law*, a evolução se fez, no Brasil, da idéia da irresponsabilidade para a de responsabilidade do Estado, pelos atos jurisdicionais" ("A Responsabilidade do Juiz Brasileiro", in *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques*, p. 7).

Diz ela: "pessoalmente, contudo, não temos dúvida em afirmar a aplicabilidade do art. 107 da CF à função jurisdicional" (ob. cit., p. 8).

"A responsabilidade do Estado por atos imputáveis ao juiz, assim como aquela oriunda de defeito do serviço judiciário, bem como a obrigação de o Estado reparar os erros judiciários, apesar das diferenças ontológicas entre tais hipóteses, repousa, no Brasil, no mesmo dispositivo constitucional" (ob. e loc. cit.).

O Des. Nélson Schiesari, depois de discorrer sobre as teorias da culpa ad-

ministrativa (por força da qual o elemento subjetivo da ação danosa era vital para o ressarcimento), do *acidente administrativo* (segundo a qual a responsabilidade do Estado se caracteriza sempre que o dano resultasse do mau funcionamento do serviço público ou do não-funcionamento do serviço, quando deveria funcionar, ou quando funciona serodidamente, com dano para a particular, e, finalmente, quando a execução do serviço ocorresse com violação da lei, regulamento ou norma técnica) e do *risco integral* (também chamada teoria do risco administrativo, de natureza objetiva, fundada na noção da distributividade dos encargos sociais), lecionava que o art. 107 da CF/67 adotava, em seu *caput*, a teoria objetiva do risco integral, "por força da qual, estabelecido o *nexo causal* entre a conduta do servidor e o dano superveniente, o Estado se obriga a ressarcir o prejudicado" (*Direito Administrativo*, p. 231).

Ponderava, então, o ilustre administrativista: "a responsabilidade civil do Estado deve ser entendida amplamente, sob pena de injustificável sacrifício de relevantes interesses particulares, nela devendo incluir-se os atos legislativos e as decisões judiciais de qualquer instância" (p. 234, com grifos no original).

Tratava-se, na época, de posição avançada de nossa doutrina, onde, timidamente, se afirmava ainda que: "as decisões judiciais, como atos de Soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros. Essa doutrina é tradicional no direito pátrio e está remansada na jurisprudência de nossos tribunais" (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 11^a ed., p. 557).

Em edição mais recente de seu festejado e sempre citado livro, o Min. José de Aguiar Dias aditou comentários não constantes das primeiras edi-

ções sobre esse tema, transcrevendo a lição de João Sento Sé, com evidente entusiasmo, no sentido de que: “a) não se justifica a exigência de um texto especial que estabeleça a responsabilidade civil da Fazenda Pública por atos dos juízes; b) sem texto expresse, essa responsabilidade tem sido reconhecida nos Estados Unidos (onde é tradicional o princípio da imunidade), na França e no Uruguai. No Brasil, embora o art. 82 da Constituição de 1891 cogitasse da responsabilidade pessoal dos funcionários, isso não impediu a decretação da responsabilidade do Estado por falta deles. Nem foi por texto expresse que os tribunais admitiram a culpa anônima do serviço público, antes da Constituição de 1946; c) o silêncio quanto à responsabilidade civil do Estado não a exclui, tem decidido a corte Constitucional da Itália; d) as leis processuais reconhecem, em certos casos, a responsabilidade pessoal dos magistrados. Esta não contraria nem exclui a responsabilidade civil do Estado, antes a consagra, como sucedeu nos casos antes apontados; e) a soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado da obrigação de indenizar os prejuízos causados por atos judiciais. Não há antinomia entre soberania e responsabilidade, como não há relativamente ao Poder Executivo; f) a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois há oposição entre ela e a responsabilidade do Estado. Esta não atinge a independência funcional dos juízes; g) o argumento da coisa julgada tem valor relativo, limitado à presunção de verdade que dela emana. Se não há coisa julgada, ou se esta é desfeita pelos meios competentes, não há como invocá-la” (ob. cit., n. 214-B).

Por outro lado, reza o art. 129 da mesma Constituição ser função institucional do MP, dentre outras, “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Sobre essa atuação, ponderava o ilustre membro do *Parquet* paulista e processualista ilustre Prof^o Edgard Magalhães Noronha:

“O Ministério Público no processo penal é *parte*, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão punitiva, que será proclamada pelo Juiz contra o acusado. Participa, pois, do Juízo — *actum trium personarum* — onde existe autor, réu e juiz” (*Curso de Direito Processual Penal*, n. 83).

Diz, porém, o ilustre professor: “não obstante parte, deve ser dotado de imparcialidade, o que lhe não tira esse característico. Representando o Estado-Administração, expõe ao Estado-Juiz a pretensão fundada no *jus puniendi*, mas, quando as provas evidenciam a inocência do acusado, deve confessar a improcedência daquela pretensão e pedir a absolvição” (ob. cit., n. 180).

Por que isso? Porque “a verdadeira missão do Ministério Público é a de fazer atuar a lei, seja para tornar efetivo o direito de punir por parte do Estado, seja para precatar, através do devido processo, a liberdade dos cidadãos. Norteia-o soberanamente, pois, a finalidade da justiça” (ob. e loc. cit.).

Bem por isso, não se compreende que o órgão destinado a “precatar a liberdade dos cidadãos” ofereça denúncia sem lastro probatório razoável, sob o simplista argumento de que a instrução probatória se fará em juízo. Se os dissabores do processo civil exigem que a petição inicial seja adequadamente instruída, para ter-se o chamado *fumus boni juris*, com muito maior razão quando está em jogo a liberdade das pessoas.

O Min. Victor Nunes Leal, que tanto honrou o STF, deixou ali dito que: “Formular uma acusação, de que resulta um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também

os pressupostos de fato, para a ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular do poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar, porque o poder de denunciar não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldades aos seus negócios, para cercear sua liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio está caracterizado o abuso" (RTJ, vol. 35, p. 530).

Se o Ministério Público é, na definição que se lê no art. 127 da Constituição Federal, "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", sendo seus agentes os Promotores de Justiça ou que outro nome se lhes dê, resulta evidente que deve responder o Estado, em face do contido nos arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º, pelo erro judiciário sempre que a atuação do Ministério Público se mostre exorbitante, viciada pelo abuso de poder, por isso que qualquer pessoa é presumida inocente, não podendo ser molestada sem que o Estado esteja munido de elementos seguros de convicção quanto à existência de crime e sua eventual autoria.

O mesmo raciocínio é válido para a atuação do Advogado.

Se "o Advogado é indispensável à administração da justiça" (CF, art. 133), falando-se até em Defensoria Pública, "instituição essencial à função jurisdicional do Estado", no que diz com os "necessitados" (CF, art. 134), pois não se compreende uma condenação criminal sem o "devido processo legal" (CF, art. 5º, LIV), que compreende "o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes" (CF, art. 5º, LV), segue-se tocar ao juiz o *dever* de assegurar a todo e

qualquer réu esse *due process of law*, zelando para que a atuação do defensor, quer dativo, quer constituído, não seja mera aparência, como até aqui tantas vezes ocorria.

Lê-se no art. 497, V, do CPP ser dever do Juiz Presidente do Júri "nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcado novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor".

Trata-se de norma, aparentemente, de aplicação exclusiva ao Tribunal do Júri. Por quê? Acaso os feitos que não sejam da competência do Tribunal Popular podem conviver com uma defesa inaceitável?

Dir-se-á que, quando muito, tal preceito se aplicaria ao defensor nomeado, pois, havendo o acusado constituído Defensor, escolhendo-o mal, *sibi imputet*.

Não é bem assim.

Em primeiro lugar, o acusado, sendo leigo, não pode aferir das condições profissionais deste ou daquele Advogado. Em segundo lugar, havendo o Estado, pela Ordem dos Advogados do Brasil, que é uma autarquia federal, habilitado indevidamente alguém a advogar, assume ele a responsabilidade pelo credenciamento indevidamente feito. Em terceiro lugar, o exercício da Advocacia em sua plenitude não diz apenas com o direito do acusado, mas com a própria Democracia.

Como dizia Carrara, "a sociedade também tem direto interesse na defesa do acusado, por necessitar, não de uma pena que recaia sobre qualquer cabeça, mas da punição do verdadeiro culpado. Assim, a defesa não é apenas de ordem pública secundária, mas também de ordem pública primária" (cf. *Programma*, t. 2, § 978).

Para ilustrar isso, leiamos o v. ac. proferido no REsp. 2.979, RJ (900004162-7).

Tratou-se de uma ação promovida contra um estabelecimento bancário, citado na pessoa de um de seus advogados, entendendo o Tribunal local que “não procede a invocação de nulidade da citação da ré, pois, ao comparecer aos seus escritórios, o Oficial de Justiça foi recebido pelo Dr. J., o qual assinou a contrafé como representante da apelante”. O STJ, acolhendo o reclamo extremo infraconstitucional, ponderou que “a circunstância do advogado pertencer aos quadros do réu não lhe dá legitimidade de representação”, anulando o feito desde a citação, por isso que violado o *due process of law* (cf. LEX — *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, 19/169).

Se em se tratando de um Advogado contratado por um banco, o Poder Judiciário reserva-se o poder de dizer se o banco está bem ou mal representado em Juízo, que dizer-se se o interesse de que se cuida não for meramente patrimonial, mas a *irrenunciável liberdade humana*? Claro que ao Juiz tocará, quando seja o caso, o dever de declarar o réu indefeso, quer se trate de feito da competência do Tribunal do Júri, quer seja da competência do Juízo Singular, seja ele Defensor nomeado, seja constituído, para que o devido processo legal, o *fair trial* não seja apenas uma miragem, uma utopia, mas uma realidade processual.

De fato, sendo o juiz a única autoridade competente para decretar a prisão de alguém (CF, art. 5º, LXI), ressalvadas, *única e exclusivamente*, as hipóteses de “transgressão militar” e “crime propriamente militar” (id.), e se tal decreto deve estar devidamente fundamentado (ib.), segue-se que não há lugar, no processo penal, para o arbítrio.

O Estado Brasileiro comprometeu-se expressamente com o respeito à “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III) e com “a prevalência dos

direitos humanos” (id. art. 4º, II). O Juiz criminal é, hoje mais do que nunca, o *custos libertatis*, o agente do Estado encarregado da preservação daquela dignidade e daquela prevalência.

Ora, se o Estado, que se comprometeu solenemente assim, deixa, por seu agente, o Juiz criminal, de cumprir sua promessa, agindo com *erro* ao cercear a liberdade de alguém, ou colocá-lo sob o risco de tal cerceamento, resulta óbvio que o preceito do art. 5º, LXXV, da Magna Carta é prenhe de coerência: ou o Estado se instrumentaliza adequadamente para cumprir o que prometeu, ou indenize os prejudicados por sua má atuação, mercê de um serviço público menos eficiente do que o desejável.

Ser o agente dessa atuação um oficial de justiça que se desmanda ou um Juiz de Direito que negligencia no cumprimento de seus deveres funcionais (um dos quais sendo o de assegurar aos réus um *fair trial*, o que supõe evitar abusos da acusação tanto quanto negligências da Defensoria, seja ela pública ou privada), pouco importa, já que tanto um como outro têm essa identidade ontológica: são agentes do Estado no exercício do serviço público.

Realmente, no estágio atual da sociedade contemporânea, quando os mitos estão sendo analisados e colocados em seus verdadeiros escaninhos, somente indignação pode causar um tratamento que dê aos membros do Poder Judiciário esse poder absoluto, esse *jus errandi*, que se desdobra em um *jus vitae ac libertatis*.

Quem se disponha a perpassar os olhos pelo contido em repositórios de jurisprudência, ali encontrará, seguramente, inúmeros casos de decisões nulas, onde a nulidade não decorre de vício outro que não seja o descumprimento de norma legal expressa que o juiz, por dever de ofício, não pode ignorar.

Se o mínimo que se exige do juiz é que conheça o Direito (*jura novit*

curia), mesmo porque aos fatos trazidos pelas partes fará ele incidir a norma pertinente (*da mihi facta dabo tibi jus*), como aceitar-se com passividade que a ignorância do juiz, a negligência, o descaso, a desatenção possam ter tratamento complacente?

Exemplifiquemos, para não ficarmos no campo da teoria: no julgamento do HC n. 166.694/1, SP, Rel. Juiz Oliveira Santos, TACrim-SP, viu-se diante da seguinte situação: “em 5.5.87, certo preso solicitou livramento condicional junto à Vara das Execuções Criminais. Tal pedido não foi apreciado. Em 13.1.88 o pedido foi reiterado, sem solução. Impetrado o *writ*, nenhuma solução havia sido dada ao seu pedido até maio desse ano. Concedendo a ordem, ponderou-se no acórdão que “ou o pedido acha-se injustificadamente barrado no excesso de burocracia da Vara das Execuções Penais”, ou “está faltando sintonia entre o Juízo das Execuções e o Conselho Penitenciário, pois enquanto o primeiro aguarda o parecer, o segundo espera por elementos necessários à sua instrução”.

Quantos casos iguais poderíamos trazer?

Não se trata, em tais casos, da liberdade do juiz de optar entre um e outro entendimento, ou de apreciar com alguma liberdade os elementos probatórios dos autos.

Uma coisa é a reforma de uma decisão judicial pela apreciação de seu mérito, entendendo a Instância Superior menos aceitável este ou aquele entendimento jurídico, esta ou aquela valoração dos elementos de prova.

Coisa muito diversa é a ausência de decisão, ou a decisão nula decorrente de vício imperdoável. Nestes casos, não estamos diante de liberdade de escolha, pois o serviço público deve contar com número suficiente de juizes para dar a ele a necessária eficiência. Falhando o Estado em seu dever de aparelhar devi-

damente o Judiciário ou falhando o juiz que não deu ao processo a atenção que sua condição profissional exige, exsurge a falha do serviço público.

Se até recentemente havia dúvidas a respeito do conteúdo do dever de indenizar, hoje não mais paira a mais remota dubitação: o mau serviço, seja ele prestado por ente particular ou por ente público, tanto pode trazer *dano material*, aferível desde logo pelo prejudicado, e/ou *dano moral*, a ser estimado pelo Poder Judiciário.

O TJBA, em mais de uma oportunidade, trouxe a lume a boa doutrina, ponderando que: “no momento em que se acusa alguém de estelionatário, não é apenas um conceito social e familiar que se perde; uma vida foi estancada, tolhida pelas mais diversas e desastrosas conseqüências. Não apenas os prejuízos materiais abalam o indivíduo; a parte mais sensível, que é o espírito, tem de ser protegida pela lei (cf. RT 613/184).

De outra feita, aquele mesmo e E. Tribunal assentou que a atividade jurisdicional, como toda atividade humana, está sujeita a erros. É esse um risco decorrente da própria atividade humana.

“Mas, se se deixa sem indenização o cidadão em detrimento de quem esse risco se realizou, esse cidadão, eleito pelo acaso, suportará sozinho, com exclusão de todos os outros indivíduos, as conseqüências danosas dessa fatal contingência do funcionamento de um serviço público”.

E, enfaticamente: “Os erros judiciais que atingem a liberdade e a honra justificam mais energicamente a reparação do que aqueles que prejudicam tão-somente o patrimônio” (RT 580/214).

Ao julgar o REsp. 8.768, 91.3774-5-SP, o STJ, pela ilustrada pena do Min. Barros Monteiro, assentou que: “Negando-lhe a indenização pleiteada a tí-

tulo de dano moral puro, o acórdão recorrido sem dúvida negou vigência ao art. 159 do CC", pelo que deu provimento ao reclamo, pontificando que, "nos termos do disposto no art. 1.533 do CC, a indenização será fixada por arbitramento".

3. Conclusões

a) a prestação da jurisdição é serviço público, sendo o juiz o agente do Estado encarregado disso;

b) cabendo ao Ministério Público o direito de acionar eventuais suspeitos da prática de crimes, não pode esse direito ser exercido sem o controle do Judiciário, pois o juiz é, acima de tudo, *custos libertatis*;

c) sendo fundamental a presença do Advogado no processo, sua atuação deve ser efetiva, pena de tornar letra morta a garantia constitucional do devido processo legal, cabendo, ainda aí, ao juiz zelar por essa regularidade, seja o Defensor dativo, seja ele constituído;

d) a má prestação do serviço judiciário acarreta o dever de o Estado indenizar o prejudicado, seja quanto aos danos materiais, seja quanto aos danos morais, especialmente porque os dissabores de um processo criminal refletem-se seriamente no psiquismo do acionado, reconhecido o direito de regresso quando o agente do serviço público tenha obrado com dolo ou culpa, ainda que seja ele o próprio magistrado.

MEDIDA LIMINAR EM "HABEAS CORPUS"

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador aposentado I, Membro da Associação Juízes para a Democracia,
e sócio fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1. No conceito de garantia constitucional, está incluída a idéia de preordenação de mecanismos jurídicos de segurança destinados a "salvaguardar e defender a integridade de seu valor normativo, i. é, a sua própria existência". "A garantia constitucional como uma norma jurídica que longe de ser, por sua própria virtude, irrefragável, está exposta, como toda norma de comportamento humano, ao perigo de violações e de inobservâncias. Daí a exigência de particulares dispositivos de segurança, i. é, de garantias específicas e apropriadas, em razão da própria natureza de normas constitucionais".¹ Destarte, de nenhuma ou de escassa relevância seria o elenco das garantias constitucionais, e, em especial, das garantias constitucionais, de conotação penal (princípio da legalidade, princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora, princípio da retroatividade da lei penal benéfica, princípio do caráter pessoal da responsabilidade penal, princípio da humanização da pena, princípio da abolição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento, de penas cruéis, etc) ou de conotação processual penal (princípio de que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, princípio do juiz natural, princípio da ampla defesa, princípio do contraditório, princípio da igualdade de armas, princípio do duplo grau de jurisdição, etc) se tais garantias estivessem

desprovidas de um mecanismo de segurança, de feição também constitucional, idôneo a tutelá-las, sem reservas, de modo apropriado e eficiente. Este mecanismo de segurança é representado pelos denominados remédios constitucionais e, no campo específico do direito processual penal, que nada mais é que "direito constitucional aplicado"² pelo *habeas corpus*. O *habeas corpus* dá efetividade às garantias constitucionais, de caráter penal e processual penal e, não apenas, no interesse exclusivo de seus titulares, porque tais garantias, como observa Mauro Cappelletti,³ apresentam "um valor que transcende o homem singular e abarca a sociedade, como um todo. Em face de uma ilegítima violação de domicílio ou de uma prisão arbitrária ou da proibição de uma reunião pacífica, ou frente a uma lei, ou a uma sentença, formal ou materialmente, inconstitucional, sentem-se, de modo direto, atingidos todos os cidadãos e não apenas os que imediatamente sejam interessados". O caráter transindividual das garantias constitucionais posiciona o *habeas corpus*, por sua eficácia e presteza, como o mais idôneo instrumento de atuação da denominada "jurisdição constitucional das liberdades". Por isso, seu caráter de remédio constitucional de tutela dessas garantias, tem a capacidade de romper o princípio processual da inércia do órgão jurisdicional o *ne procedat iudex ex officio*, impondo-se, até, de ofício. O juiz penal encontra-se, deste modo, obrigado, além

do normal exercício da jurisdição penal, a fazer valer, efetivamente, as garantias constitucionais do cidadão, no campo penal e processual penal, independentemente de sua provocação, todas as vezes em que tais garantias, por ilegalidade ou abuso de poder, suportem ou estejam em vias de suportar algum tipo de lesão.

2. Não obstante o caráter de presteza com que está informado o remédio constitucional do *habeas corpus*, a ocorrência ou não da ilegalidade ou de abuso de poder, em relação ao direito de liberdade do cidadão, exige a realização de determinados atos de procedimento, que possuem inquestionável dimensão temporal. Da impetração até o julgamento, flui um espaço de tempo, maior ou menor, na dependência da rapidez ou não com que a autoridade, apontada como coatora, preste as informações solicitadas e o MP exare o seu parecer. De permeio, situam-se ainda os atos cartoriais, que têm também uma expressão temporal. É evidente, assim, que, apesar da tramitação mais acelerada do remédio constitucional, em confronto com as ações previstas no ordenamento processual penal, o direito de liberdade do cidadão é passível de sofrer flagrante coarctação ilegal e abusiva. Para obviar tal situação é que, numa linha lógica inafastável, foi sendo construído, pretoriamente, em nível de *habeas corpus*, o instituto da liminar, tomado de empréstimo do mandado de segurança, que é dele gêmeo idêntico. A liminar, em *habeas corpus*, tem o mesmo caráter de medida de cautela, que lhe é atribuída no mandado de segurança.

3. A tutela cautelar “visa assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente”, “o que leva a um provimento sempre provisório.”⁴ O caráter instrumental da tutela cautelar é, portanto, explícito, manifesto. “A

providência cautelar não é um fim mas um meio; não se propõe a dar realização direta e imediata ao direito substancial mas tomar medidas que assegurem a eficácia de uma providência subsequente, esta destinada à atuação do direito material”.⁵ Bem por isso, a tutela cautelar pressupõe, de pronto, a verificação da aparência do bom direito, ou melhor, de um *fumus boni iuris*: um juízo de probabilidade ou de verossimilhança quanto à decisão favorável do processo em relação a quem é beneficiário da medida de cautela. Mas não é só, nem suficiente, essa verificação. É mister que se explique seu porquê. Qual, na realidade, a preocupação a ela subjacente? O que leva o juiz a efetuar um juízo antecipatório embora de conotação provisória, sobre a providência definitiva? O que, em verdade, justifica o acionamento da tutela cautelar? O questionamento proposto encontrou resposta na lição de Calamandrei⁶. “As providências cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências, que estão, freqüentemente, em conflito: a da celeridade e a da ponderação. Entre o fazer depressa e o fazer bem, mas tardiamente, as providências cautelares visam, antes de tudo, a fazer depressa permitindo que o problema do bem e do mal, i. é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido ulteriormente, com a necessária ponderação, segundo os trâmites vagarosos do processo ordinário. Dão, assim, ensejo a que este processo funcione com calma porque dispõem e ordenam preventivamente os meios idôneos para que a providência definitiva, quando chegar a ser pronunciada, possa ter a mesma eficácia e o mesmo rendimento prático que teria, se fosse proferida imediatamente.” É, portanto, o *periculum in mora* que dá fundamento e sustentação à tutela cautelar. “A formação lenta e demorada da decisão definitiva expõe o presumido titular do direito a riscos

sérios de dano jurídico; para afastar esses riscos, para eliminar o dano, admitte-se a emanção duma procedência provisória ou interina destinada a durar somente enquanto não se elabora e profere o julgamento definitivo".⁷

4. Como compreender que uma pessoa permaneça presa e deva aguardar por dez, vinte ou mais dias, a sua libertação se, desde o momento em que efetuou a impetração demonstrou, de forma inconcussa, que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva ou que já está prescrito o próprio título penal executório? Como admitir que alguém fique preso, por um minuto mais, esperando o julgamento do *habeas corpus*, se já fez prova irretorquível do direito à fiança? Como reconhecer que um indivíduo comprovadamente inimputável, em razão da menoridade, deva continuar preso na expectativa de decisão da ordem de *habeas corpus*? Como entender possível a renovação de processo anulado e, portanto, a obrigação de acompanhamento dos atos procedimentais, por parte de réu já absolvido, no mesmo processo, por sentença transitada em julgado? Em todas as situações enfocadas e, em muitas outras, em que a vivência do dia-a-dia tem oferecido, é manifesta a verificação da aparência de um direito, mas o remédio constitucional, não obstante toda sua presteza, mostra-se insuficiente para a proteção desse direito. A liberdade individual não pode ficar dependente da decisão final, quando a privação da liberdade ou submissão a processo constituem manifesta e inequívoca expressão de ilegalidade ou de abuso de poder. Se, no campo do mandado de segurança, a liminar deve ser concedida em face da "relevância dos motivos em que se assente o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de

mérito"⁸, não há negar, no *habeas corpus*, igual providência cautelar, presentes os requisitos fundamentais do *fumos boni iuris* e do *periculum in mora*, máxime porque está em questão o direito de liberdade do ser humano, e a lesão desse direito é sempre imediata, real, consumada, não tendo nenhuma possibilidade de reparação. A tutela cautelar mostra-se, nesse caso, de cogente incidência, sendo aplicável, até mesmo de ofício. Não se argumente no sentido de que o exercício dessa tutela possa redundar num abuso judicial. As atitudes abusivas, se ocorrentes, serão sempre extraordinárias e não poderão, por isso, representar a contenção do uso normal e regular do poder de cautela. Ademais, nem o processo penal de conhecimento, nem o processo de execução penal, estão livres de eventuais abusos judiciais e estes, num e noutro, terão conseqüências bem mais graves do que o mau emprego da tutela cautelar. Além disso, o receio de abuso não constitui um argumento suficientemente forte para obstar o exercício de um poder judicial limitado por seus próprios pressupostos. É sempre necessário, no entanto, que o juiz atue com o necessário equilíbrio — o que, de resto, constitui uma qualidade que deve ser própria de qualquer manifestação judicial — evitando-se a concessão de liminar sempre que a ilegalidade ou o abuso de poder, eventualmente argüidos ou observados em termos de realidade ou iminência não exibam a característica de lesividade visível e clamorosa ao direito de liberdade pessoal. Fora daí a liminar perde sua conotação de providência cautelar para assumir a conotação de decisão final, precipitada e intolerável.

5. Apesar da omissão do legislador, a doutrina processual penal, na linha das manifestações pretorianas, tem dado acolhida à liminar no *habeas corpus*, emprestando-lhe o caráter de pro-

vidência cautelar. Conforme acentua Ada Pellegrini Grinover⁹, “de natureza cautelar é a concessão liminar do *habeas corpus*, que embora não autorizada pela lei, se esboça em doutrina na esteira da concessão *in limine* do mandado de segurança. A liminar do *habeas corpus*, quer em sua modalidade preventiva, quer na sucessiva, insere-se entre os provimentos cautelares que Calamandrei classificou como antecipatório de um provimento decisório definitivo.” No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, Hélio Torna-ghi¹¹ e Leônidas Ribeiro Scholz.¹²

Mais recentemente Júlio Fabbrini Mirabete¹³ enfatiza que “nada impede seja concedida liminar no processo de *habeas corpus*, preventivo ou liberatório, quando houver extrema urgência”, acrescentando que a liminar em *habeas corpus* “tem o mesmo caráter de medida cautelar atribuída à liminar em mandado de segurança”.

O silêncio legal não seria, porém, obstativo para o reconhecimento da liminar no *habeas corpus*. O direito à liberdade pessoal é, inquestionavelmente, um dos direitos constitucionais fundamentais (art. 5º, *caput* da CF/88) e a “força dirigente da Constituição, concebida não no sentido de transformar a Constituição num “super código fechado”, mas no sentido de exigir sempre um fundamento constitucional para a atividade do legislador e dos outros órgãos públicos (só assim a Constituição deixará de ser um esquelético quadro geral de normas), assume, no plano dos direitos fundamentais, características específicas. Assim, a eficácia jurídica imediata “liberta” os direitos, liberdades e garantias da completa disponibilidade do legislador.”¹⁴ Diante disso, não se pode fugir à consideração de que a omissão legal não tem, no caso, a menor relevância, uma vez que o espaço que pretendia reger está inteiramente tomado pela própria norma

constitucional que dispensa a intermediação clarificadora do legislador ordinário. O princípio da eficiência dos direitos fundamentais põe, na atualidade, o “acento tônico na idéia de otimização ou maximalização dos direitos fundamentais. A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva e captar o seu vigor “irradiante” e “actuante”. Na dúvida a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma “marcha em direção ao vazio”, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais”.¹⁵ Não foi outra a razão que conduziu o legislador constituinte a inserir, na CF/88, o § 1º do art. 5º que reza: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

6. Acolhida a liminar no elenco das providências colocadas à disposição de qualquer cidadão na defesa de seu direito de liberdade, não se compreende como juízes e tribunais se aferrem à condenável prática de rejeitá-la sem nenhum tipo de fundamentação. O “indefiro, ponto” constituiu, no passado, e ainda se mostra hoje, em especial na Justiça de São Paulo, uma prática corrente. Tal postura, além de representar uma atitude arbitrária, incompatível com os princípios vigentes num Estado Democrático de Direito, é uma afronta ao princípio constitucional do n. IX, do art. 93, da CF. Toda pessoa tem o direito de conhecer as razões pelas quais sua liberdade pessoal foi ou permanece coarctada. Nenhuma manifestação judicial, seja uma sentença, seja um mero despacho interlocutório, pode ser proferida sem motivação, pois, esta é, sem dúvida, o instrumento indispensável para a limitação do arbítrio do Estado e para o controle democrático da atividade jurisdicional. Sentença ou despacho, desprovidos de fundamentação, máxime quando está em jogo a liberda-

de pessoal, são atos judiciais inconsistentes, vazios, incontestavelmente nulos. Como pôs em destaque o Min. Celso de Mello, "não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os juízes e tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constritivos do *status libertatis* que pratiquem no desempenho de seu ofício" (STF, HC 68.530-7, DJU de 12.04.91). Daí por que, em recente julgamento, o STF, sendo ainda relator o Min. Celso de Mello, deixou consignado que "a ofensa ao dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais gera a nulidade do julgamento efetuado por qualquer órgão do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais estão vinculados, no desempenho da função jurisdicional, a essa imposição fixada pela Lei Fundamental da República" (STF, HC 68.571-4, DJU de 16.06.92, p. 9.028).

O indeferimento da medida liminar, em *habeas corpus*, exige, em resumo, enquanto significa a manutenção da prisão de uma pessoa, ou a realidade de uma situação ilegal ou abusiva ao direito de locomoção, satisfatória fundamentação para que não se transforme no exercício de pura arbitrariedade judicial.

NOTAS

1. Sérgio Galeotti, "Garanzia costituzionale", in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII/491, Giuffrè, Milão, 1969.
2. Henkel, cit. por Figueiredo Dias, *Diritto Processual Penal*, p. 74, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
3. Mauro Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, p. 2, 1955.
4. Ada Pellegrini Grinover, *O processo em sua unidade*, II/72, Ed. Forense, RJ, 1984.
5. José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, I/623, 1948.
6. Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 20, 1936.
7. José Alberto dos Reis, ob. cit. p. 624.
8. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ação Penal*, p. 43, Ed. RT, SP, 1982.
9. Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 84.
10. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, IV/432, Ed. Saraiva, SP, 1983.
11. Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, II/391, 1980.
12. Leônida Ribeiro Scholz, "Medida Liminar em *Habeas Corpus*", in *Cadernos de Advocacia Criminal*, pp. 32-35, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.
13. Júlio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*, 2ª ed., p. 696, Editora Atlas, SP, 1992.
14. José Joaquim Gomes Canotilho, *Diritto Costituzionale*, p. 491, Almedina, Coimbra, 1983.
15. José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 239.

DOCTRINA NACIONAL

CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE CRIMES E COMINAÇÃO DE PENAS

JUAREZ TAVARES

Professor de Direito Penal na Universidade do Rio de Janeiro e Procurador da República

1. Introdução. 2. A proteção à dignidade da pessoa humana. 3. A proteção de bem jurídico. 4. A necessidade da pena. 5. A intervenção mínima. 6. A proporcionalidade. 7. As categorias lógico-objetivas.

1. Introdução

1. Os juristas geralmente se ocupam do Direito Penal como direito legislativo, constituído de um conjunto de normas incriminadoras e algumas regras gerais destinadas à sua aplicação.

O Direito Penal, no entanto, deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro, como pensava Kelsen,¹ como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração. Desconsiderar esse aspecto material da formação da norma será condenar a formulação jurídica a um jogo de mero exercício lógico, sem qualquer validade para as necessidades sociais de seus reais destinatários.

É nessa consideração que adquire importância a questão dos critérios

usados ou acolhidos pelo legislador para a formulação das normas incriminadoras. A análise desses critérios, a imposição de seus limites, a determinação do suas bases materiais e a crítica de sua utilização se afiguram como condição e exigência dos princípios constitucionais de defesa das liberdades individuais e do regime democrático.

2. Analisando atentamente o processo de elaboração das normas incriminadoras, a partir primeiramente do dado histórico e depois do objetivo jurídico por elas perseguido, bem como o próprio enunciado típico das ações proibidas ou mandadas, chega-se à conclusão inicial, embora trágica, de que efetivamente, na maioria das vezes, não há critérios para essa elaboração. Isto pode parecer panfletário, à primeira vista, mas retrata fielmente a atividade da elaboração legislativa.

Estudos de Haferkamp na Alemanha² e Weinberger na França³ demonstram que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder efetuado no marco das forças hegemônicas atuantes no Parlamento. A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral,

cujas simbolizações aparecem como justificativa do princípio representativo, para significar muitas vezes simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.

Antes disso, o consagrado Ripert, bem e oportunamente lembrado por José Geraldo de Sousa Júnior, já assinalava que a "lei, como expressão da vontade geral, é um mito".⁴ Na América Latina, especialmente, onde o Parlamento não exprime com seus atos o real interesse nacional, ficando muitas vezes atrelado ao Executivo, como forma de obtenção de vantagens pessoais, eleitorais ou econômicas, é significativa a informação de Zaffaroni, contida no Documento Final do Programa de Investigação Desenvolvido pelo Instituto Inter-Americano de Direitos Humanos,⁵ no sentido de que normalmente as normas de garantia inseridas nas Constituições se tornam ineficazes diante da exagerada delegação de poder conferida pelo legislador a órgãos administrativos, os quais se encarregam de fato da definição típica das ações criminosas. Por outro lado, é manifesta a omissão legislativa quanto a ações que afetam bens jurídicos coletivos, tais como na violação da ordem econômica em detrimento de número indeterminado de pessoas, nos atentados ecológicos e no controle de substâncias químicas, cujas condições de uso e emprego podem colocar em grave risco toda a sociedade.

3. Inobstante essas deficiências quanto aos critérios, e por causa disso mesmo, é imperioso que se procurem estabelecer algumas regras e princípios, que devem ser observados no processo legislativo no que toca à elaboração das normas incriminadoras, tomadas como princípios de limitação.

Falamos de "limitação", porque, partimos do entendimento de que ao jurista importa primordialmente encon-

trar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e só depois disso preocupar-se em justificar a incriminação e a respectiva sanção. Essa postura deriva de uma constatação fática inquestionável, agora, inclusive, fomentadora de verdadeira revolução no campo penal, com a divulgação dos parâmetros da escola abolicionista e a do direito penal mínimo,⁶ de que o poder de punir se exerce de qualquer modo, como constatação do próprio exercício da atividade estatal, como poder vinculado exclusivamente à lógica burocrática, a qual não tem qualquer compromisso com a defesa dos direitos humanos, senão com os desígnios dos órgãos encarregados de sua execução. A prisão ilegal é, por exemplo, desde os tempos imemoriais do Brasil-colônia, uma constante na vida brasileira, sempre encoberta, mas jamais negada. Basta ver-se a jurisprudência sobre a chamada prisão para averiguações, hoje praticamente convertida na prisão temporária da Lei 7.960/89, para confirmar que o Estado, por seus próprios meios, legais ou ilegais, utiliza da privação de liberdade para comunicar a todos sua potestade.

Daí a necessidade da formulação de princípios limitadores ao exercício do poder de punir, como exigência de um Estado democrático. *A fortiori* servem esses princípios como critérios de seleção de crimes e cominação de penas.

Podemos, inicialmente, classificar esses princípios em dois grandes grupos: a) princípios de limitação material e b) princípios de limitação formal.

Os primeiros dizem respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem jurídico, à necessidade da pena, à intervenção mínima, à proporcionalidade e às categorias lógico-objetivas. Os segundos tratam da legalidade e seus corolários, bem como, conseqüentemente, da formação dos tipos, dos fatores de reprovação e da punibilidade.

2. A proteção à dignidade da pessoa humana

4. O regime democrático exige, como condição de sua legitimidade, não apenas a titularidade de direitos políticos e individuais, como se pensava no liberalismo, encerrado no simples processo de representação, mas a mais ampla e efetiva participação de todos os cidadãos na vida do Estado, propriamente na discussão das leis pelo Parlamento.⁷ Nesse contexto é que importam os princípios limitativos do poder de punir, os quais vinculam o legislador, como condição ao exercício democrático.

Desde a promulgação da CF/88, insere-se como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, além de outros, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Esta norma não constitui novidade no Direito Constitucional, estando praticamente reproduzida nas Constituições de pós-guerra de quase todas as nações adiantadas, como na alemã (art. 1º), espanhola (art. 10), italiana (art. 3º) e portuguesa (art. 1º).

No plano da ordem jurídica em sua totalidade, o princípio da proteção da *dignidade da pessoa humana* pode ser considerado como produto da elaboração do liberalismo burguês. Hoje, todavia, superou ele as delimitações individualistas e puramente formais desse liberalismo e passou a constituir um ponto de apoio fundamental da defesa dos direitos humanos, sob o prisma da igualdade material.

Na Filosofia, suas origens remontam a Kant, como consequência da segunda fórmula do imperativo categórico: "Ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".⁸ A dignidade surge como valor intrínseco de todo

ser humano, que não pode ser substituído por seu equivalente, como preço de uma mercadoria. Modernamente, pode-se dizer que, por isso mesmo, não pode o homem da mesma forma ser tomado funcionalmente como engrenagem ou membro de um organismo, nem simples e mera força de trabalho.

Sua postura, portanto, na ordem jurídica, mais do que a de sujeito de direitos positivados, deve ser a de condição de existência dessa mesma ordem, como indivíduo dotado de liberdade e de consciência de si mesmo, o qual cria e influencia o seu meio como personalidade social e responsável.⁹ A proteção à *dignidade*, inserida como fundamento do Estado Democrático, é pressuposto da participação social do indivíduo no próprio destino desse Estado e, pois, condição da cidadania.

Considera-se que o objeto de proteção se estende a qualquer pessoa, independentemente da idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou *status* jurídico (não-delinquente ou delinquente). Da mesma forma, situam-se nesse objeto tanto o nascituro quanto o morto, ou até mesmo grupos homogêneos minoritários.¹⁰

5. Relativamente ao Direito Penal, a proteção à dignidade serve de parâmetro ao legislador na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade.

Concebida, agora, não mais como preceito puramente abstrato, mas valor concreto de cada ser humano, a invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas. Igualmente, tendo em vista a concretude dessa dignidade no mundo social, induz ela a consideração de todos os seus condicionamentos, o papel soci-

al do réu, sua postura diante das exigências da própria ordem jurídica e a possibilidade concreta de seu atendimento. Por isso, seria atentatória à dignidade uma lei que dispensasse o mesmo tratamento a menores e adultos, a mentalmente sadios e enfermos, a indígenas e civilizados. Do mesmo modo, a norma que equiparasse condutas dolosas e culposas, ou que não tomasse em conta as atitudes posteriores ao fato, que lhe minorassem as conseqüências, ou a que estendesse a exigência da reparação do dano tanto aos solventes quanto aos insolventes, ou fizesse converter a multa em pena punitiva de liberdade, independentemente da capacidade financeira do agente em poder pagá-la ou não.¹¹

Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução.¹²

É precisamente em fase do princípio da *proteção da dignidade humana*, inserido na Constituição como fundamento do Estado Democrático, que tem validade a teoria da inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais que o infringam. Embora pareça contraditória essa assertiva, a superação do positivismo jurídico por novas posições acerca da ordem jurídica e do papel das constituições e das leis em geral conduz a uma discussão mais ampla de todo o complexo que envolve a relação Estado-Cidadão. Analisando a relação entre princípios fundamentais inseridos na Constituição e as de-

mais normas que a compõem, conclui Benda que "os direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, da pessoa humana não são criados pela Constituição, mas por ela igualmente reconhecidos como integrantes de uma ordem jurídica preexistente e supra-positiva".¹³ Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Federal Constitucional alemão firmou que a Constituição constitui uma ordem vinculada ao valor, que reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humana como fim supremo de todo o direito.¹⁴ Seifert, por sua vez, mesmo indicando ser polêmica essa posição, entende corretas as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional que consagram¹⁵ a existência de normas inconstitucionais na própria Constituição, porque os direitos fundamentais nela contidos vinculam não apenas as leis ordinárias, mas a atividade do próprio legislador constituinte.

Nessa seqüência, pode-se afirmar que é incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência da norma que torna imprescritível os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º., XLII e XLIV), justamente porque toma o ser humano como meio da consecução de fins políticos do próprio Estado, como objeto de prevenção geral, sem a menor consideração com as alterações que podem ocorrer na personalidade e na mentalidade do autor desses fatos e a sua reinserção no meio social, já desprovido da ideologia discriminatória ou autoritária de que era portador.

3. A proteção de bem jurídico

6. Costuma-se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal encontra-se situado no injusto, isto é, no tipo de anti-juridicidade.

Com efeito, é a partir da tipificação das condutas que se torna possível a

intervenção estatal. Como é com a comparação entre essa conduta tipificada e as normas permissivas de toda a ordem jurídica que se pode concluir ser essa conduta igualmente antijurídica. Contudo, apenas essa constatação formal não basta.

No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, derivada da proteção à dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais explicitados no art. 3º, subsiste a proteção de bem jurídico, como objeto concretamente apreensível.

Sob a visão da necessidade de participação de todos nos destinos e nos objetivos do Estado, a conduta proibida deve ser encarada como realidade concreta, não como uma relação causal, neutra e formal. O legislador, ao proibir ou determinar condutas, não pode deixar de tomar em atenção que essas condutas são produto de seres humanos, inseridos socialmente em condições reais de motivação e formação, e que tanto a proibição quanto a determinação só terão sentido se objetivarem impedir uma lesão concreta de bem jurídico.

Essa realidade que subsiste no processo de proibição faz com que se expressem como inconstitucionais as disposições que proibam por proibir, que sancionem penalmente as infrações as normas meramente regulamentares, ou que façam da norma penal apenas o reforço para a obediência, sem qualquer referência à proteção de bem jurídico.

7. O conceito de bem jurídico, é verdade, tem suscitado inúmeras discussões. O enfoque principal que envolve as discrepâncias reside em se saber se esse conceito é puramente uma produção do direito, ou recebe deste unicamente seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Todas as demais questões, praticamente, decorrem dessa posição inicial, tal como, o problema acerca da existência de bens individu-

ais ou coletivos, de bens materiais ou abstratos ou de sua delimitação.

As posturas monistas quanto à natureza desses bens, ao que parece, estão mal colocadas.

Desde a sua formulação inicial proposta por Birnbaum, o conceito de bem jurídico resultou da oposição à concepção que via no crime uma lesão de direito subjetivo.¹⁶ Independentemente dos fatos concretos que contribuíram para a criação desse conceito, os quais são em si contraditórios, a verdade é que a sua grande virtude consiste na sua transcendentalidade, como modo de desvincular o direito das amarras puramente positivistas. As críticas que se lhe endereçaram foram todas infundadas, na medida em que viam na sua criação fora do Estado uma fórmula de violação ao caráter totalizante da ordem jurídica positivada. Mesmo os positivistas, como Binding, que o acolheram, fizeram-no como mero pressuposto formal da norma e não em sua imagem natural.¹⁷

É claro que essa concepção transcendental tem o inconveniente de tornar vaga e incerta a identificação do bem jurídico e, assim, dificultar a tarefa de determinar as proibições. Isto, porém, não será empecilho, desde que efetivamente o legislador busque a proteção dos reais interesses de todos.

O problema é que essa visão unilateral não retrata a questão em toda a sua amplitude. O bem jurídico é uma realidade natural, não por que resulte de um suposto direito natural, mas por que se produz na relação social concreta, com todas as contradições que essa realidade encerra. Mas essa mesma relação concreta faz gerar necessidades, que por sua vez conduz à elaboração dos meios a satisfazê-las. Daí admitir-se possa o conceito de bem jurídico resultar de elaboração puramente do Direito, dependendo das características das relações dominantes e hegemônicas

com relação ao bloco no poder. Mesmo que se reconheça a origem natural do bem jurídico, ainda assim a sua proteção jurídica não se faz diretamente, senão por um processo mediatizado de interação simbólica, onde o bloco no poder, que faz as leis e, pois, acolhe a proteção do bem jurídico, mesmo atuando no seu interesse, o faz sob a invocação do interesse geral.¹⁸

Mesmo admitindo-se que o conceito de bem jurídico sofra as vicissitudes das relações sociais concretas, é ele de enorme valia justamente em face dessa sua concretude. Modernamente, tendo em conta o princípio de participação, como condição da própria cidadania, o conceito do bem jurídico passa por uma profunda transformação, ora compreendendo-se no seu conteúdo personalista,¹⁹ ora na sua legitimação democrática.²⁰ Tanto em uma, como em outra concepção, o que importa é que o poder de punir do Estado não pode proibir condutas, senão quando impliquem em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, tomados como valores concretos que tornam possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência.

8. Sob esse parâmetro, os tipos penais constituídos sobre a proteção de bem jurídico, exprimem não uma mera ação causal, mas relações sociais concretas. A referência à ação, que tantas discussões suscitou na teoria do delito, só tem importância na medida em que essa ação seja compreendida como elemento de um processo social, com todos seus matizes.

Por influência do positivismo, que vinculou não apenas os aplicadores da lei, mas também os legisladores, durante muito tempo pensava-se que o processo de formalização exercido pelo Direito sobre as condutas ou a pro-

teção de bem jurídico se fazia através de uma seleção formal, onde o que interessava era a descrição de uma ação causal. Essa metodologia conduzia a tornar o tipo penal algo neutro, tanto valorativa como ideologicamente, dando a impressão de que o Direito Penal estaria acima das contradições sociais. A dificuldade de tal formalização já fora captada por Welzel, o qual através da elaboração da ação finalista invocava sua prevalência à vontade do legislador, como categoria lógica inafastável. Nesse aspecto, como bem ressalta Zaffaroni, a exigência de que o legislador tivesse em mira sempre e obrigatoriamente os elementos ônticos da ação, constituiu uma construção altamente limitativa ao poder de punir.²¹

A construção legal de um tipo, evidentemente, não segue um procedimento puramente causal. O legislador, ao considerar uma conduta como proibida, o faz tendo em vista a sua concretude social, o desvalor que carrega tanto na sua própria e nesta realização (desvalor do ato) quanto na produção de seus efeitos (desvalor do resultado). É claro que na elaboração do tipo o que se tem em vista é basicamente o desvalor do ato, por que simplesmente se assim não fosse de nada adiantaria a proibição. Esta não pode unicamente referir-se ao desvalor do resultado, pois o que se trata é de proibir ações e não resultados.

A proibição de ações, por sua vez, só terá sentido se essas implicarem em um resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico. A proibição tem como pressuposto que a ação que se quer proibir se manifeste como integrante de uma relação social concreta, que implique em lesar ou pôr em perigo valores igualmente concretos do ser humano, referenciados como bens jurídicos. A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação).

O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto por que a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as consequências políticas do erro cometido.

4. A necessidade da pena

9. Tradicionalmente, entendia-se que uma vez configurados os elementos do fato punível, como a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e não havendo causas impeditivas, a imposição da pena constituía uma consequência inevitável. Essa postura, porém, vem sofrendo atenuações.

Desde que inúmeros autores passaram a questionar a culpabilidade como fundamento ou único pressuposto da pena, sob o argumento de que seu conteúdo era indemonstrável e portanto meramente simbólico, passou-se a exigir de que também, nesse caso, se investigasse se a imposição dessa pena era ou não necessária.²² Mais do que um critério adicional da culpabilidade, a exigência da necessidade da pena passou a ser, contudo, um princípio geral do Direito Penal, que obriga o legislador.

Contra ele se objeta que não apresenta parâmetros e portanto seria inútil ou, pelo menos, insuficiente.

A objeção é pertinente na medida em que se tome esse princípio como critério substitutivo da culpabilidade, pois, então fazer-se-ia depender a imposição da pena exclusivamente de razões de política criminal, o que é incompatível com a segurança e garantia das liberdades individuais. Se, todavia, situarmos esse princípio como um adendo ao juízo de culpabilidade, ou no plano pré-jurídico da elaboração legal, afigura-se perfeitamente adequado a, juntamente com outros critérios, servir de limitador ao *jus puniendi*.

Geralmente, o enunciado do princípio da necessidade da pena vem articulado conjuntamente com os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e legalidade, este último representando seu complemento técnico.²³

10. Segundo seu caráter fragmentário, o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis, o que justificaria a imposição da medida extrema da pena e seus maléficos efeitos.

Antes mesmo de uma consideração constitucional acerca dos limites do poder de punir, que surge praticamente no panorama jurídico de pós-guerra, Binding já afirmava que o Direito Penal exercia uma tutela fragmentária de bens jurídicos, que efetivamente só se dá quando a conduta apresente certa relevância que a torne "merecedora de pena".²⁴ O curioso é que o próprio Binding, verdadeiro precursor dessa posição democrática e liberal, a tenha julgado como uma grande falha de sua obra.²⁵

Já o caráter subsidiário significa que a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais

ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos. Esse mesmo caráter sancionador (ou acessório, ou subsidiário) foi igualmente formulado por Binding e mal interpretado por seus sucessores,²⁶ que quiseram ver no Direito Penal apenas um apêndice repressor da ordem jurídica.

Independentemente de que o Direito Penal apresente conceitos, elementos e institutos próprios, que o elevam a categoria autônoma nessa ordem jurídica, principalmente no que toca à proteção da vida, da honra e dos costumes, a qual se exerce sem remessas e considerações dos demais ramos, a verdade é que o seu chamado caráter subsidiário deve ser visto hoje sob outro enfoque. Quer dizer que a sua intervenção no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se se fizer como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico. Precisamente por causa desse enfoque, que se confunde muitas vezes com o caráter fragmentário, é que se fala hoje, em sentido amplo, de necessidade de pena como pressuposto da incidência e da elaboração da norma penal.

5. A intervenção mínima

11. Normalmente, o princípio da intervenção mínima é confundido com o princípio da subsidiariedade ou com o caráter fragmentário do Direito Penal, consoante a formulação de Binding ou com o princípio da necessidade da intervenção. Essa postura, entretanto, deve ser evitada.

O princípio da intervenção mínima constitui, antes de mais nada, um princípio de ordem política, que vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir

ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos.

O critério da intervenção mínima portanto, apresenta maior extensão e profundidade do que aquelas características que Binding procurava atribuir ao Direito Penal em geral. Os direitos humanos que devem orientar a elaboração legislativa não se limitam aos aspectos puramente formais dos direitos e garantias individuais, mas se estendem ao respeito à própria condição humana, como categoria ôntica, que não pode ser alterada pelo direito, bem como às questões da idoneidade, da adequação do custo social da repressão penal, da representação popular na formulação da lei e da racionalidade do sistema penal.²⁷

12. A condição humana, ou princípio da humanidade limita o ato legislativo na medida em que não será admissível uma lei que exija o cumprimento de deveres fisicamente impossíveis, ou que pressuponha, p. ex., como ocorria com o velho sistema de tratamento do erro, que a lei, uma vez publicada, seja ao conhecimento de todos, quando se sabe, perfeitamente bem, que a maioria da população brasileira é constituída de analfabetos e que, portanto, jamais poderia, nas suas limitações humanas, por si só conhecer o teor daquela publicação. Igualmente, o respeito aos acordos internacionais de proteção dos direitos humanos constituem limites à formulação legislativa interna, quanto à incriminação de condutas ou cominação de penas. Relativamente à execução da pena, p. ex., o art. 6º, § 3º, c, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969) proíbe a constituição de prisões privadas, onde o trabalho penitenciário seja explorado ou posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas.

Por seu turno, o princípio da idoneidade impõe que o legislador só criminalize determinado comportamento após

certificar-se, através de investigações empíricas, acerca de sua utilidade e eficácia para o alcance da proteção que objetive. Igualmente, nas alterações legislativas, com vistas ao aumento de pena ou ao rigorismo maior da repressão penal, que se verifique se efetivamente compensará tal exasperação em face dos custos sociais que ela representará, ou se vale a pena mover-se um procedimento criminal contra alguém que tenha causado um dano social de menor importância.²⁸

Quando se tratar de norma penal que afete o interesse vital da coletividade, ou bem jurídico que diga respeito à política de costumes, a prévia consulta direta à população constitui uma condição de respeito aos direitos humanos, pois reestrutura o princípio da representatividade popular dentro de verdadeiro fundamento democrático. Esta idéia não é nova. Em nosso país, conhecemos o plebiscito em questões políticas, como o de 1963, para decidir acerca do Ato Adicional de 1961, que instituía o Parlamentarismo. No campo penal, vários são os exemplos, em outros países, como Estados Unidos, França, Itália etc., onde os cidadãos opinam acerca da necessidade da manutenção ou abolição de determinada norma. O alcance desse princípio, aparentemente populista, se torna mais significativo, ao verificar-se que a nossa própria Constituição (art. 61) confere hoje expressamente aos cidadãos a iniciativa das leis complementares e ordinárias.

Finalmente, a prática do sistema penal indica majestosamente, não só no Brasil, mas em todos os outros, em maior ou menor medida, que o aparato policial e judiciário não se encontra em condições de atender às demandas concretas, nem corresponde racionalmente à expectativa que, teoricamente, as leis lhe assinalam. Este descompasso sugere a análise da racionalidade do sistema.

Em primeiro lugar, convém desde logo descartar por inexeqüível a hipótese em que a tarefa cometida na lei fosse inteiramente concretizável, mediante a instauração de um Estado eminentemente policial, ou extremamente jurisdicionalizado, onde todas as infrações sofressem punições. Isto não é apenas utópico, mas se real acarretaria completo caos social. Em segundo lugar, através do sistema penal, jamais se poderá obter por si qualquer grau de racionalidade, pois a contradição entre o teórico e o prático nesse setor é uma condição de subsistência do próprio sistema, na sua função simbólica de expressão de poder e na sua finalidade de reprodução de poder. A exigência dos direitos humanos, no panorama da intervenção mínima, deve centrar-se em que a formulação de novas leis penais só deve ocorrer quando demonstrada racionalmente a sua utilidade como instrumento de coibir a injustiça estrutural, mas de tal ordem que não representem elas unicamente mais uma forma de comunicação de massa, para garantir o prestígio do sistema e assim legitimar a seletividade de seus destinatários. A exigência da racionalidade reside precisamente na verificação se é possível garantir-se a completa isonomia no tratamento dos agentes e o reconhecimento de seus direitos na relação normativa. O legislador, por conseguinte, deve proceder à análise dessa possibilidade em face de toda a conjuntura que cerca a edição e a posterior aplicação da forma legislativa de que irá dispor.

6. A proporcionalidade

13. A adoção que se vem dando aos princípios estabelecidos nos direitos humanos conduzem a que a pena só seja utilizada, não apenas nas hipóteses de necessidade, mas nos estritos limites a reagir frente a situações conflituo-

sas graves e intoleráveis que afetem esses mesmos direitos humanos.

Concebida como expressão de poder, a pena, contudo, deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexistia essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção.

A alusão ao dano social, que decorre basicamente dos primeiros postulados do Direito Penal liberal forjado na Revolução Francesa e que sustentou os fundamentos do princípio da legalidade, como extensão da noção social de liberdade,²⁹ não tem aqui o mesmo significado que se lhes atribuiu nos antigos códigos das extintas repúblicas populares, onde o conceito de crime estava associado à ação socialmente perigosa. Aqui, o dano social funciona como ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros ao legislador na confecção da norma incriminadora, no sentido de estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o que se pretende coibir, sob a ameaça da pena, e a eficácia concreta da ação criminosa.

14. Justamente nos códigos penais encontram-se inúmeras cominações que se afastam dessa relação de proporcionalidade. E nossa realidade penal bem demonstra a incongruência dessas cominações, quando comparadas com outras em que, na maioria das vezes, embora representem menor punição se relacionam a maiores danos sociais. Veja-se, à guisa de comparação, que a pena do crime de adultério (art. 240), em que não cabe cogitar-se de dano social, é de 15 dias a 6 meses de detenção, enquanto aquela cominada ao delito de emprego de processo proibido ou substância não permitida (art. 274), ou do complemento da venda de tal produto (art. 276), que atinge

um número indeterminado de pessoas e põe em risco a saúde pública, é fixada nos limites de 1 a 3 meses de detenção; ou a pena cominada ao delito de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197), fixada de 1 mês a 1 ano de detenção, e onde a ação criminosa consiste em constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, no sentido de exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar, e é menor, no seu mínimo, do que a pena do próprio constrangimento ilegal (art. 146), que é fixada em 3 meses; ou a pena do crime de falsidade ideológica, cuja cominação é de 1 a 5 cinco anos de reclusão no caso do documento público ou de 1 a 3 anos de reclusão se particular, comparada à pena cominada a igual conduta, prevista na recente Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, (art. 2º, I), que é de 6 meses a 2 anos de detenção. Os exemplos podem multiplicar-se na medida em que se proceda à análise sistemática de toda a legislação penal. A questão que se põe é a seguinte: pode subsistir tal legislação em face do critério da proporcionalidade? Evidentemente, urge uma profunda reforma nessas cominações, não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa.³⁰

7. As categorias lógico-objetivas

15. Usamos aqui a expressão "categoria" tanto no sentido que lhe emprestou Aristóteles de predicados fundamentais de todas as coisas,³¹ quanto de Kant como modos pelos quais se manifesta o processo ou atividade do conhecimento.³²

A teoria das categorias lógico-objetivas, no entanto, nada tem a ver com as concepções filosóficas desses pensadores. Na verdade, desenvolve-se ela a partir da corrente jusfilosófica que buscava sustentar uma nova forma de jusnaturalismo com base na chamada "natureza das coisas". A "natureza das coisas" servia de critério de vinculação do legislador não à imagem de um ser humano abstrato, mas às estruturas ou elementos do próprio objeto de regulação da norma jurídica.³³

No campo específico do Direito Penal, a teoria das categorias lógico-objetivas implica, em primeiro lugar, afirmar que, ao contrário do que postulava o neokantismo, há uma ordem objetiva no mundo, que não é criada ou modificada nem pelo método, nem pelo comportamento, nem por juízos de valor, ordem esta que se estrutura nos elementos das próprias coisas e nas relações que essas guardam entre si, principalmente quanto ao conceito de conduta. Uma vez descoberta a estrutura lógico-objetiva da conduta humana, objeto de valoração da norma penal, ao legislador não é permitido dela se desvincular ou alterar, ao seu talante, essa estrutura, pois, caso assim ocorra, estará ele regulando objeto distinto. Essa regulação de objeto distinto poderá tornar inválida a norma, desde que o legislador desconheça a estrutura que vincula esse objeto (conduta) à própria pessoa humana.³⁴

Assim, a teoria das categorias lógico-objetivas não se esgota apenas na tarefa da instituição de condições negativas da elaboração da lei, mas no atendimento de condições positivas, como a exigência de que o legislador deva observar a ordem física das coisas, seus elementos estruturais, a sua vinculação à condição do ser humano, e, finalmente, que a norma que ele pretende produzir represente um meio ético

de substituição da resposta animal pela ordem conscientemente acatada.

O conteúdo ético que se desenvolve como consequência da atenção às categorias lógico-objetivas pressupõe, portanto, que a observância da norma penal seja fisicamente possível, que se harmonize com a ordem objetiva dos objetos que quer regular, que se vincule ao homem como pessoa, não estabeleça contradições na sua valoração e seja produto do exercício da cidadania, isto é, que seu conteúdo possa ser internalizado por todos como resultado da mais ampla participação social. Dessas exigências decorrem resultados práticos imediatos, como a total insubsistência de leis penais confusas, a necessidade de uma atualização na terminologia jurídica de modo a ajustá-la ao conhecimento leigo, o reconhecimento da conduta humana como objeto exclusivo de regulação da norma penal incriminadora, a necessidade da diferenciação, para diverso tratamento, entre delitos dolosos e culposos, autores menores e adultos, a relevância do erro de proibição e conseqüentemente a permanência da culpabilidade como elemento do crime.

16. Todos os princípios acima enunciados, na realidade, por si sós não tem o condão de tornar o sistema penal mais legítimo ou menos legítimo, mais justo ou menos justo, mas constituem no seu conjunto critérios objetivos de limitação material, que devem orientar sempre a elaboração da norma penal, como condição indeclinável de um Estado alicerçado na dignidade da pessoa humana, no respeito aos direitos humanos e na participação democrática de todos.

NOTAS

1. Hans, Kelsen, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Noudruok Scientia, Aalen, 1960.

2. Haferkamp, Hans, "Herrschaft und Strafrecht", *Theorie der Normenstehung und*

Strafrechtssetzung, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1980, pp. 182 e ss.

3. Weinberger et alii, *Société et perception des comportements déviants incriminés*, 1977.

4. Ripert, Georges, *Les Forces Créatrice du Droit*, Paris, 1955, apud Sousa Júnior, José Geraldo, *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, Porto Alegre, SAFE, 1984, p. 24.

5. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Sistemas Penales y Derechos Humanos, Informe Final", Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 7 e ss.

6. Para uma visão de conjunto desses movimentos, é obrigatório a leitura do opúsculo de Maurício Martinez Sanchez, *Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Themis, 1990, que retrata as dificuldades do sistema penal e a necessidade de sua reformulação.

7. Nesse sentido, mostra Vera Regina Pereira de Andrade, Cidadania e Democracia (repensando as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir da cidadania), in *Revista Jurídica da UNOESC*, n. 1, 1991/92, pp. 10/14, com grande lucidez que a cidadania, como condição da democracia, deve ser concebida como dimensão pública de participação dos homens na vida social e política e através da qual a reivindicação, o reconhecimento e o exercício dos direitos humanos se exteriorizam enquanto processo histórico.

8. Kant, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. de Paulo Quintela, Lisboa, edições 70, 1991.

9. Antoni Michael, et alii, *grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 37.

10. Seifer Karl-Heinz, e Hömig, Dieter, ob. cit., p. 37.

11. Diante das normas dos arts. 78 § 2º e 81, II do CP, depois de sucessivas decisões divergentes de vários Tribunais, o STJ, homologou a Súmula 249 do antigo TFR, no sentido de que "a reparação do dano não pode ser imposta como condição da suspensão da execução da pena".

12. Dentro dessa mesma linha de pensamento, embora com outra conclusão quanto aos resultados, posiciona-se Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Barcelona, Ariel, 1984, p. 64.

13. Benda, Ernst, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-New York, de Gruyter, 1984, 1/108.

14. BverFGE 3,213 (233), apud Benda, Ernst, ob. cit., p. 108.

15. Seifert Karl-Heinz, et alii, ob. cit., p. 454.

16. Maurach Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971, p. 213.

17. Binding Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung*, I/186. Kaufmann, Armin, *Teorias de las Normas*, trad. de Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 91, ressalta justamente que o conceito de bem jurídico em Binding, em sua valoração positiva, não fica vinculado de maneira imediata à formulação da norma, de modo a que se pudesse afirmar que a afetasse.

18. Poulantzas Nicos, *Poder Político e Classes Sociais*, SP, Martins Fontes, 1977, p. 224, demonstra com absoluta precisão como as frações hegemônicas da classe dominante atribuem-se a representação das outras frações e o fazem como se os seus interesses o fossem de todos.

19. Com essa posição, entre outros, Hassemer, Winfried/Muñoz-Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 111.

20. Assim, p. ex., Bustos Ramirez, ob. cit., p. 63.

21. Zaffaroni Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990, p. 154.

22. Para uma visão mais ampla dessa problemática, convém consultar Gimbernat Ordeig, "Tiene un futuro na dogmática jurídicopenal"? in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, 1970; Cirino dos Santos, Juarez, Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico, in RDP, 1974, 15/16, 51 e ss.; Roxin, Claus, "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurisdicopenales", in *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzon Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 200 e ss. e "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal", Madrid, 1981.

23. Assim, p. ex., Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale*, Parte Generale, Padova, Cedam, 1988, p. 24

24. Binding, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B.T., Leipzig, 1902, pp. 20 e ss.

25. Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 2ª ed., 1972, p. 35

26. Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 9

27. Martinez, Maurício, *Que pasa en la criminologia moderna*, Bogotá, Temis, 1990, p. 53, assinala com precisão que os princípios que compõem o quadro dos direitos humanos, na verdade, são velhos princípios incorporados às legislações internas e derivados da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), que foram sempre desconhecidos e desconsiderados nas leis de exceção dos Estados totalitários da América Latina.

28. Martinez, Maurício, ob. cit., p. 62

29. Tavares, Juarez, "Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1987, p. 762

30. Já por ocasião do aparecimento do Código Penal de 1969, em boa hora revogado, Fragoso, Heleno e Sequeira, Lúcia, "A cominação das penas no novo Código Penal", RDP/

1975, 17-18/26, ao fazerem a análise das alterações e sistemas das sanções previstas naquele diploma, enfatizavam acertadamente que "na cominação das penas, o que se deve exigir é que, em termos valorativos, penas iguais sejam previstas para fatos de igual gravidade. Em segundo lugar, que os mesmos critérios, na técnica da cominação, sejam observados".

31. Tópica, I, 9, 103b 20

32. Crítica da Razão Pura, § 10

33. Entre os adeptos de tal corrente, podemos citar, entre outros, Radbruch, Maihofer, Stratenwerth, Larenz e o próprio Welzel. Na América Latina, Zaffaroni, Eugenio Raul, "En busca de las penas perdidas", cit., pp. 153 e ss. desenvolve lúcido estudo acerca das categorias lógico-objetivas, enfatizando se por um lado essa teoria é infecunda para construir um discurso legitimante do sistema penal, por outro é ela fecunda para um discurso que assuma a deslegitimação do exercício de poder desse sistema penal.

34. Welzel, Hans, "Naturrecht und Rechtspositivismus", in *Festschrift für Niemeyer*, Göttingen, 1953; idem — "Das Recht als Gemeinschaftsordnung", in *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 11 e ss.; idem, "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit", Göttingen, 1962; idem, "Gesetz und Gewissen, Karlsruhe", 1960; idem, "Recht und Sittlichkeit", in *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975.

TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS QUANTO À CRIMINALIDADE DE BAGATELA

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo, Mestre em Direito Penal pela USP
Doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid
e Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

1. Criminalidade de bagatela e criminalidade de alta reprovabilidade: “espaço de consenso” e “espaço de conflito”. 2. Sobre o conceito de criminalidade de “bagatela”. 2.1. Que se entende por “criminalidade de bagatela”? 2.2 Suas características. 2.3 Aproximação a um conceito de “crime de bagatela”. 2.4 As várias iniciativas legislativas sobre o assunto. 3. Suas consequências. 4. Natureza do seu controle. 5. O movimento político-criminal da descriminalização. 6. Princípio de legalidade e princípio de oportunidade. 7. Princípio de oportunidade 7.1 Conceito 7.2 Objetivos 8. Critérios determinantes do arquivamento do “caso” 9. Disponibilidade da ação penal pública em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros 9.1 Alemanha a) O princípio de oportunidade na paradigmática Alemanha; b) Modalidades de arquivamento no Direito alemão 9.2 Estados Unidos da América 9.3 Panamá 9.4 Conselho Europeu 9.5 Portugal 9.6 Itália 9.7 Espanha.

1. Criminalidade de bagatela e criminalidade de alta reprovabilidade: “espaço de consenso” e “espaço de conflito”

Ninguém nega que a Justiça criminal deve se modernizar para conseguir, como sugere a moderna Criminologia, um “controle razoável” da criminalidade (a extirpação, tal como pretendia o socialismo real, é uma utopia, até porque desde o ponto de vista sociológico ela é “normal” e exerce uma função “útil”).¹ Mas tendo em vista a enorme gama de meios e instrumentos (político-criminais) que podem viabilizar a “resposta jurídica” adequada, que ao mesmo tempo deve ser “justa e útil”, nota-se hoje uma forte tendência metodológica de se separar a “grande” da “pequena e média” criminalidade, i. é,

a criminalidade de bagatela da criminalidade de alta reprovabilidade.

Isso sugere, em primeiro lugar, que cabe ao ordenamento jurídico prever para cada espécie de criminalidade “reações” não só quantitativa senão também qualitativamente distintas, com instrumentos e processos — procedimentos — distintos. Sugere, em segundo lugar, que dentro de um *novo modelo* de Justiça Criminal deve ficar cristalina-mente delimitado o *espaço de consenso* (vinculado à pequena e média criminalidade) do *espaço de conflito* (criminalidade grave):² o “espaço de consenso” está voltado para a ressocialização e pode implicar, para respeitar o princípio de autonomia da vontade, no “recuo” (leia-se: uso voluntariamente limitado) de certos direitos garantidos pelo Estado Social e Democrático de Direito, tais

como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da prova da verdade etc.; já o “espaço de conflito” está marcado pela contrariedade e antagonismo, assim como pelo estrito respeito a todos os direitos e garantias do Estado de Direito, podendo-se enumerar exemplificativamente o de presunção de inocência, o processo escrito, o da verdade material, contraditório, ampla defesa, recurso etc.

Em abono ao que acaba de ser exposto, podemos ler na Circular n. 1/1989 do Procurador-Geral do Ministério Público espanhol considerações como as que seguem: “Segundo as mais recentes reformas processuais do entorno europeu, no processo penal, frente às zonas de conflito, próprias de toda contenda entre partes, estão presentes as zonas de consenso, que eliminam conflitos desnecessários para atender os fins do processo e da função ressocializadora da pena. Enquanto as primeiras devem ficar reservadas para a persecução da criminalidade grave... a criminalidade menor, com frequência não conflitiva e integrada por fatos que são incidentais na vida do seu autor, deve conduzir a soluções consensuadas que contribuam à não estigmatização de quem, pela ocasionalidade do seu delito e a própria aceitação da sua responsabilidade, está revelando uma atitude ressocializadora... a busca de consenso, em tais casos, é um imperativo ético-jurídico, que entre nós vem apoiado por dois parâmetros constitucionais, que são: 1. a obtenção do consentimento do acusado para submeter-se a uma sanção constitui uma manifestação da autonomia da vontade ou exercício da liberdade e desenvolvimento da própria personalidade... e 2. o reconhecimento da própria responsabilidade e a aceitação da sanção implicam uma atitude socializadora que facilita a reinserção social, reclamada como fim da pena... que não deve ser perturbada nem pela continuação do processo nem

pela submissão à “estigmatização” da audiência de instrução e julgamento”.³

O âmbito típico da conflitividade processual penal está adstrito, portanto, à criminalidade de alta reprovabilidade (especialmente à “criminalidade organizada”, cuja eficiência é cada vez maior no cometimento de crimes dolosos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, crimes patrimoniais ou econômicos com grande repercussão socio-econômica ou outros crimes com intensa “danosidade social”). Neste campo “conflitivo”, ajuda muito pouco — o que não significa que “não ajuda nada” — a moderna tendência descriminalizadora — baseada no princípio de intervenção mínima — do Direito Penal. Tampouco cabe falar, nestas hipóteses, em medidas puramente civis ou administrativas. Neste âmbito — que é chamado “espaço de conflito” —, ressaltados alguns ajustes procedimentais, bem como a aceleração processual que deve derivar naturalmente da informatização judiciária (lamentavelmente ainda muito incipiente), pouco se pode fazer: seja, de um lado, contra a necessária “formalização” da Justiça criminal,⁴ assegurando o estrito cumprimento de todos os direitos e garantias constitucionais e processuais — de defesa, publicidade, contraditório, de ser ouvido, de produzir prova, de recorrer etc. —, seja, de outro lado, para “evitar” a aplicação da pena de prisão (“um mal ainda necessário em relação a algumas infrações, sob pena de se pôr em risco a prevenção geral”), apesar de sua natureza de *ultima ratio* do sistema. De qualquer modo, deve-se assegurar no entanto, durante sua “execução”, tanto a integral vigência dos princípios de humanidade, de oferta de ressocialização etc., como alguma eficácia despenalizadora para a reparação dos danos,⁵ fundamentalmente nos delitos patrimoniais ou econômicos cometidos sem violência ou grave ameaça.

Diferentemente do que sucede, portanto, com a criminalidade pequena ou média, no que diz respeito à criminalidade grave, especialmente a "organizada", que tem como protagonistas geralmente pessoas com certo ou alto *status* social, o movimento político-criminal, cremos — visando uma aplicação mais igualitária do Direito Penal e sua conseqüente legitimação —, deve sustentar o princípio de intervenção mínima mas em outras bases. Explico: tendo em vista que grande parte desta criminalidade organizada, sobretudo a econômica (ou a político-militar-econômica), tradicionalmente sempre se beneficiou de uma intervenção penal "abaixo do mínimo", gerando o discriminatório processo seletivo reinante no funcionamento do atual modelo de Justiça Criminal — denunciado, primordialmente, como sabemos, pela teoria interacionista norte-americana do *labelling approach*,⁶ com a garantia da "im(p)unidade" total para uma grande casta de privilegiados, nada mais justo (em função do princípio da igualdade previsto no art. 5º da CF) que postular a intervenção mínima do Direito Penal em seu sentido positivo.

Toda doutrina da intervenção mínima sempre cuidou do aspecto "negativo" deste princípio, é dizer, sempre pretendeu *cortar o excesso de punição*, sobretudo nos delitos patrimoniais clássicos, uso de drogas, jogos etc., protagonizados, geralmente, por integrantes das classes sociais mais baixas. Mas o certo é que devemos também nos preocupar com seu aspecto positivo, i. é, *cortar o excesso de impunidade*, especialmente dos infratores que gozam de certo *status* social. Pois só assim poderá o Direito Penal ser reconhecido como igualitário (e se legitimar). Esse princípio deve vigorar sobretudo para a estrutural corrupção que caracteriza o exercício dos poderes públicos, particularmente o político-econômico — ou

político-econômico-militar —, posto que está causando no sistema penal um verdadeiro "corrupcídio", que é a "morte" da legitimidade do Direito e da Justiça criminais porque não conseguem — quase — nunca punir os envolvidos nesta modalidade de criminalidade organizada. Mas se por um lado, por razões de justiça e equidade, postulamos a intervenção penal contra a criminalidade organizada — respeitando-se, sempre, obviamente, o modelo "garantista" de controle penal, com direito de ampla defesa, recurso etc. —, por outro, por razões de justiça com a vítima, não cremos que o Estado não deva — mesmo neste âmbito — nunca renunciar à parcial (e, às vezes, total) imposição ou execução da pena de prisão, quando há a reparação integral dos danos e prejuízos, que deve ser estimulada especialmente nos delitos patrimoniais ou econômicos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

No que se refere à criminalidade pequena ou média, no entanto, como parece lógico, deve valer o referido princípio de intervenção mínima em seu sentido negativo, i. é, evitar o excesso de intervenção do sistema legal (reduzindo com isso a violência institucional), restringindo-se o mais possível a imposição de qualquer "pena" (que não sanção), sobretudo a de prisão e orientando todos os esforços para o "consenso", mediante primordialmente a reparação dos danos, transação, acordo, conciliação etc.

Cabe falar, assim, no âmbito da criminalidade de bagatela, em um modelo consensual que, como afirma, Figueiredo Dias, deve ser levado longe o quanto possível, melhorando a *comunicação* entre os sujeitos e as diferentes formas processuais.⁷ Embora não se trate, como enfatiza Costa Andrade, de uma consensualidade absoluta — não há como liberar o processo de toda co-

erção —, algo que seria inclusive *inde-sejável*, o certo é que parece indiscutível a possibilidade de se *consentir* inclusive com a lesão de direitos constitucionalmente garantidos (como o da ampla defesa, o do duplo grau de jurisdição, contraditório etc.), seja em razão da “autonomia da vontade pessoal”, seja em razão da defesa de outros interesses do seu titular, seja, por fim, em razão da natureza “dupla” desses direitos fundamentais, que estão pensados não só para os indivíduos, senão também para a comunidade.¹⁸

2. Sobre o conceito de criminalidade de “bagatela”

2.1 *Que se entende por “criminalidade de bagatela”?*

Um dos pontos de partida da teoria do controle social penal e da política criminal modernas consiste, como vimos, em tratar de modo diferenciado (reações estatais distintas) a criminalidade pequena ou média, de um lado, e a criminalidade de alta lesividade social, de outro. Mas, entre nós, ainda não está, no entanto, devidamente delimitado o conceito de “pequena e média criminalidade”, também denominada “criminalidade de bagatela”. Bagatela significa ninharia, algo de pouca ou nenhuma importância ou significância. Para essa espécie de criminalidade nossa Constituição Federal usou a locução “infrações penais de menor potencial ofensivo” (CF, art. 98, I). Não contamos no Brasil ainda com uma norma explicativa dessa locução, é dizer, até agora não existe nenhuma disciplina legislativa em âmbito nacional sobre o que devemos considerar como infração penal de menor potencial ofensivo. Em virtude dessa falta de “delimitação legislativa”, parece evidente que qualquer aproximação ao conceito do

“crime de bagatela” só pode ser resultado (momentaneamente) do trabalho mental interpretativo-dogmático.

2.2 *Suas características*

De qualquer modo, cabe considerar que a doutrina de um modo geral, consoante a Profa. da Universidade Central de Barcelona Armenta Deu,⁹ distingue a criminalidade de bagatela, dentre outras, com as seguintes características: a) escassa reprovabilidade; b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; c) habitualidade; d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito. A estas características subjetiva (item “a”) e objetivas (itens b, c e d) ainda é frequente acrescentar uma outra de natureza político-criminal que consiste na “dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral se não mesmo a sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial”.¹⁰

2.3 *Aproximação a um conceito de “crime de bagatela”*

Krümpelman, um renomado estudioso dessa criminalidade na Alemanha, distingue o “crime de bagatela” próprio (ou independente) do impróprio (ou dependente), salientando que o primeiro é, por natureza, de escassa lesão social (mesmo quando se consuma), enquanto o segundo o é porque não chegou a produzir o dano social que poderia ter produzido (hipótese de alguma tentativa de um delito grave, p. ex.). O primeiro deriva de uma “microvalorização” legislativa enquanto o segundo é “uma manifestação menor de um delito grave”.¹¹ O “crime de bagatela”, assim, poderia ser conceituado como a infração que individualmente considerada produz lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social, razão pela qual não se justifica uma “re-

ação" jurídica grave (como a prisão, p. ex.). As contravenções e os delitos punidos com detenção (com algumas poucas exceções, como poderia ser o caso do homicídio culposo), sem nenhuma dúvida, cremos, ingressariam no conceito de "infração de bagatela". Assim também algumas manifestações delituosas não muito graves punidas com pena de reclusão (como é o caso de alguns crimes patrimoniais de pouca monta cometidos sem violência ou grave ameaça). Em suma, se tivéssemos que nos valer de um critério já dado pelo legislador para dar sentido prático às expressões "crime de bagatela" ou "infração penal de menor potencial ofensivo", diríamos que elas correspondem a praticamente todas as infrações que hoje admitem *sursis*.

2.4 As várias iniciativas legislativas sobre o assunto

Um projeto de lei que resultou das propostas apresentadas pelos Deps. Michel Temer, Abi-Ackel e Nelson Jobim considera infração de menor potencial ofensivo "as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". Essa conceituação guarda certa simetria com o anteprojeto apresentado por uma comissão (de Juízes e Professores da Faculdade de Direito da USP) criada pelo TACrimSP que, no entanto, não fazia a ressalva ao procedimento especial.¹²

Há um certo consenso no sentido de se incluir no conceito de infração de menor potencial ofensivo as contravenções e os delitos punidos com detenção (até certo limite, como é o caso da proposta de Pedro Luiz Gagliardi e Marco Antonio Marques da Silva¹³ — que foi examinada e, em alguns aspectos, criticada por Alberto Zacharias Toron¹⁴ —, ou sem nenhuma limitação,

como é o caso da proposta do Des. Álvaro Lazzarini). Outros incluem também as infrações punidas só com multa (proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros e do Juiz José Antonio de Paula Santos Neto).¹⁵ A proposta do TJRS, mais abrangente, chega a incluir no conceito o furto simples e os delitos punidos com reclusão até um ano.

O Estado do Mato Grosso do Sul é o pioneiro no Brasil quanto ao Juizado Especial Criminal. Por proposta do TJ daquele Estado, foi aprovada a Lei 1.071/90, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; em seu art. 69 definiu a competência dos Juizados Criminais, atribuindo-lhes: I — os crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos; II — os crimes culposos; III — as contravenções.

3. Suas conseqüências

Dentre as principais conseqüências provocadas pela "criminalidade de bagatela", que é muito freqüente e intensa, cabe destacar: a) a sobrecarga para a Administração de Justiça (i. é, devido ao seu caráter reconhecidamente massivo, constitui uma ameaça para o funcionamento do sistema e da Justiça Criminal);¹⁶ b) a falta de proporção da pena, muitas vezes aplicada dentro de um contexto "microcriminal" injusto; c) a pouca ou nenhuma eficácia intimidatória (prevenção geral) derivada da cominação penal, tendo em vista que a grande maioria da população protagoniza a "pequena e média criminalidade"; d) a pouca ou nenhuma eficácia ameaçadora (prevenção geral) da pena, tendo em vista a enorme quantidade de infrações que não são apuradas (dentro do atual modelo de Justiça), é dizer, há aqui uma intensa "cifra negra"; e) o prejuízo econômico bastante considerável quando se encara tal criminalidade não individualmente, senão coleti-

vamente; f) a falta de segurança incrementada pela referida criminalidade; g) o estímulo a usar “as próprias mãos” (autodefesa, linchamentos etc.) para a proteção de bens jurídicos etc.¹⁷

4. Natureza do seu controle

Tendo em vista a freqüência com que são cometidos os “delitos de bagatela” (ninguém duvida de seu caráter massivo) é praticamente impossível o controle “penal” de “todos” eles. A “cifra negra” (infrações não conhecidas ou conhecidas e não apuradas ou sancionadas) que se verifica nesta área é estrondosa.¹⁸ Nos deparamos, assim, frente a uma alternativa: ou se continua respeitando o princípio de legalidade (“todas” as infrações devem ser perseguidas), incrementando-se os meios humanos e materiais do controle penal, ou se seleciona alguma parcela da criminalidade que possa ser solucionada sem sentença judicial de mérito, dentro de um custoso e moroso processo, uma vez atendidos certos pressupostos. Contra a primeira alternativa pode-se invocar os seguintes argumentos: caso fosse respeitado rigorosamente o princípio da legalidade (obrigatoriedade de apurar e processar todas as infrações de natureza “pública”), a sobrecarga (o “congestionamento” e a morosidade) da Justiça seriam muito maior; de outro lado, não contamos (e duvidamos que um dia contaremos) com estrutura (“oferta” de Justiça) suficiente para atender essa torrencial “demanda”.

É impossível (e até mesmo contraproducente, conforme algumas correntes da psicologia e da sociologia criminais), assim, o controle formal “penal” (que envolve todos os órgãos destinados para esse fim: Polícia, Ministério Público, Juízes etc.) de toda a “criminalidade de bagatela”. Por isso, continuar acreditando na punição de “toda” criminalidade não passa de um

(talvez ingênuo) exercício de profissão de fé, sem nenhuma base racional. Uma vez constatada essa veracidade empírica, passou a doutrina a se preocupar com pelo menos seu controle “razoável”, de forma coerente, aliás, com o decantado princípio da intervenção mínima do Direito Penal. E assim idéias como a de descriminalização, despenalização, princípio de oportunidade e tantas outras passaram a ocupar um lugar central nesta área.

5. O movimento político-criminal de descriminalização

É no âmbito da criminalidade de bagatela (“infração penal de menor potencial ofensivo”, conforme nossa CF) que o princípio de intervenção mínima do Direito Penal vem encontrando aceitação mais evidente nos países mais avançados. Neste campo pode-se falar num verdadeiro “novo horizonte político-criminal”, conduzido por idéias como “informalidade, cooperação, consenso, oportunidade, eficácia e celeridade, não publicidade, diversão e ressocialização”; trata-se da implantação de um novo modelo de solução de conflitos baseado no *consenso* e muito mais próximo de um Estado de Direito *material e social* que o clássico modelo *conflitivo*, vinculado ao Estado de Direito *tout court*.¹⁹ Não seria um equívoco, certamente, afirmar que este novo modelo de Justiça Criminal está inspirado na idéia da *diversion*, nascida nos Estados Unidos no final da década de sessenta, como fruto das teorias interacionistas, principalmente a do *labelling approach*, cuja crítica leva a um contexto abolicionista do Direito Penal ou de descriminalização.²⁰

De fato, é muito provável que em nenhum outro âmbito da criminalidade se fala mais no movimento político-criminal de descriminalização que neste da pequena ou média delinquência. E

se enfocamos a descriminalização em seu sentido mais amplo, seguindo Armenta Deu,²¹ podemos dizer que ela pode ser concretizada, nesta área, por meio de diversos instrumentos ou medidas, tanto de direito *material* como de direito *processual*:

1. A descriminalização pela via do *Direito penal* pode ocorrer: a) mediante a exclusão da tipicidade dos fatos de menor importância, por razões de economia ou falta de necessidade de punir ("falta de dignidade penal da infração", como é o caso do Código Penal austríaco — § 42), valendo-se para tanto do princípio da adequação social, ou da interpretação restritiva do tipo (que se conecta com o princípio da insignificância), ou de cláusulas gerais relativas à falta de merecimento da pena, ou da reelaboração do tipo penal que implique na restrição do seu campo de ação (criando tipos privilegiados), ou b) incrementando o número de delitos que necessitem de "representação" do ofendido (como condição de procedibilidade) ou de "queixa" (ação penal privada), como ocorreu com o delito de furto de pequeno valor no CP alemão.

2. Medidas ou formas descriminalizadoras de *Direito processual penal*: dentro do âmbito processual penal há medidas que — não sendo propriamente de descriminalização ou de total descriminalização, senão de abreviação procedimental — seguem criteriosamente o "princípio de legalidade" (investigação e processo para todas as infrações "de ação penal pública"); há outras, além destas que acabam de ser citadas, que dão ensejo à aplicação do princípio de oportunidade (arquivamento do caso antes de instaurar o processo ou durante seu curso).

Dentre as primeiras podem ser citadas as *novas formas procedimentais abreviadas* (mais comprimidas e mais céleres), que visam imprimir maior rapidez na tramitação dos casos, por ra-

zões de economia processual: destacam-se o procedimento acelerado ou abreviado (adotado na Alemanha, Espanha etc.) assim como o procedimento (processo) chamado "*por ordem penal*" (que já existe na Alemanha, França, Itália etc.), consistente numa ordem penal expedida pelo Juiz, sem ouvir o "acusado", a pedido do Promotor, em alguns determinados casos e imediatamente executável, desde que não haja oposição daquele; necessita, como se vê, do "consentimento" de todos, ainda que o do "acusado" seja *a posteriori*;²² de outro lado estão as medidas ajustadas ao *princípio de oportunidade* adotadas pela Alemanha, França, Itália, Portugal, Holanda, Polônia, Inglaterra, Bélgica, pelos Estados Unidos, Panamá etc. Na França, que é considerada a pátria clássica da oportunidade na Europa continental, o princípio não está reconhecido expressamente mas foi deduzido do art. 40 do CP; em Portugal e na Itália foi reconhecido nas últimas reformas processuais (1987 e 1989, respectivamente); na Alemanha (art. 153 do CPP), desde 1924, tendo sido ampliado depois em 1975 (art. 153^a. do CPP), daí sua admissão como verdadeiro paradigma.

Veremos, com mais detalhes, logo abaixo, em que consistem essas medidas, mas antes convém destacar (ainda no que se refere ao tratamento da criminalidade de bagatela) as de *Direito Administrativo* (descriminalização em sentido estrito, que traslada uma infração de natureza penal de pouca gravidade para o âmbito do Direito Administrativo, aplicando as sanções típicas deste ordenamento),²³ assim como as de *Direito Civil* (pode-se falar aqui em "civilização do Direito penal", fundada basicamente na reparação civil, fruto de uma "conciliação", sem a participação do juiz criminal; para esta via encaminham-se, por exemplo, algumas iniciativas legislativas alemãs, especi-

almente as que cuidam de “furtos em supermercados” e da chamada “justiça de empresa”).²⁴

6. Princípio de legalidade e princípio de oportunidade

Uma das grandes novidades da moderna política criminal (sobretudo europeia) para enfrentar racionalmente a “criminalidade de bagatela” consiste na adoção do princípio de oportunidade, que é uma exceção e ao mesmo tempo um complemento do princípio de legalidade processual. Sabemos que o princípio de “legalidade processual” (ou da obrigatoriedade ou da oficialidade ou da necessidade ou, ainda, da indisponibilidade), impõe o dever de atuação aos órgãos encarregados da investigação (CPP, art. 5º) e da ação penal (CPP, art. 24), nos crimes de ação pública. Nestas hipóteses, tanto a Polícia Judiciária como o MP devem agir compulsoriamente para apurar e denunciar a infração, respectivamente, ainda que seja de escassa gravidade. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o “dever de persecução e de acusação”. Nem mesmo durante o curso da ação penal pode o órgão acusatório “dispor” (desistir) da persecução penal.²⁵ Em sua origem esse princípio representou (e ainda representa) uma garantia — formal, obviamente — para os cidadãos que, estando impossibilitados de agir — de investigar e de denunciar —, ao menos contam com a “segurança” de que os órgãos públicos atuarão de ofício obrigatoriamente “em todos os casos” de ação penal pública.²⁶

O princípio de oportunidade, por sua vez, constitui uma exceção a essa obrigatoriedade e permite que o dono da ação penal “abra mão” da proposição ou prosseguimento da ação penal, pedindo o arquivamento do “caso”, quando há escassa lesividade social,

leve culpabilidade e, geralmente, desde que cumpridos outros requisitos legais. Ele permite, em outras palavras, a omissão ao dever de persecução ou acusação e está guiado pelo velho princípio *minima non cura praetor*. É possível, destarte, por força da oportunidade, tanto não agir como desistir da ação já proposta.²⁷

Faz parte da tradição do direito anglo-saxônico, particularmente do norte-americano, assim como do direito germânico, e recentemente vem sendo incorporado em quase todas as legislações europeias, como veremos logo abaixo, como forma processual de descriminalização (é dizer, ele evita a criminalização de algumas condutas desviadas mediante a utilização de um instrumento processual). Já é aplicado majoritariamente, frente ao princípio de legalidade, e tende a substituí-lo inteiramente ou pelo menos em grande parte.²⁸

Ao lado de tantas críticas (inevitáveis em um tema desta envergadura), o que a doutrina majoritária hodierna reclama quase unanimemente não é o não acolhimento de tal princípio, senão a total independência do MP — em relação ao Executivo, sobretudo — bem como a limitação legal do seu poder discricionário, é dizer, quando se adota o princípio de oportunidade o correto é prever *taxativamente* as hipóteses em que se pode dar o “arquivamento do caso”.²⁹ Daí a afirmação de que o princípio de oportunidade, na verdade, é um “princípio de seleção regrada”, inspirado no princípio de intervenção mínima do Direito Penal, i. é, é sempre o legislador que “seleciona” as condutas que merecem ou não uma pena, seja mediante a tipicidade (seleção primária), seja mediante uma segunda seleção da qual está encarregado o Juiz (ou o Ministério Público), que deve aplicar estritamente os critérios estabelecidos (“regrados”) pelo próprio legislador.³⁰

O princípio de legalidade processual, como sublinha Costa Andrade,³¹ “valia como reverso de um Direito penal que se sacrificava frente ao dogma absoluto da retribuição, da pena como “negação da negação” hegeliana. De um Direito penal que aspirava e acreditava na meta do *full enforcement*, da aplicação sem resíduos das normas incriminatórias a todas as condutas em abstrato subsumíveis (mas) hoje o direito penal surge em termos mais relativos: apenas como *ultima ratio* da tutela de bens jurídicos, complementarmente preordenado à estabilização das normas e à socialização do delinquente” (assim como ao atendimento das expectativas da vítima, eu acrescentaria). Muito contribuíram, também, para o debilitamento do referido princípio, as constatações empírico-criminológicas atinentes aos altos índices de *cifra negra* (crimes não descobertos ou descobertos e não perseguidos ou perseguidos e não sancionados etc.) bem como ao intrínseco funcionamento *seletivo e discriminatório* do sistema penal, que vieram comprovar a enorme distância — lamentavelmente freqüente — entre a *law in books* e a *law in action*.³²

Existem, em suma, como destacou acertadamente Conde Pumpido Ferreira, “mais argumentos jurídicos a favor que contrários ao princípio de oportunidade regrada, razão pela qual seria desejável para a atual situação da Justiça penal, lenta e às vezes inoperante, a introdução do princípio de oportunidade regrada simples ou condicionado, sempre sob a tutela judicial efetiva dos juízes e Tribunais, em casos delimitados de escassa entidade jurídica (delitos de bagatela), e naqueles outros que estejam implicados toxicômanos ou dependentes, respeitando em qualquer caso a liberdade de consentimento do imputado e o princípio de igualdade”.³³

7. Princípio de oportunidade

7.1 Conceito

Um renomado processualista espanhol, Gimeno Sendra, conceitua o princípio de oportunidade como a “faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado”. Para a doutrina alemã e particularmente para Roxin o princípio de oportunidade “é o que permite ao Ministério Público eleger entre acionar ou arquivar (o “caso”) quando a investigação põe de manifesto que o acusado com quase absoluta certeza tenha delinqüido”.³⁴ Desses conceitos pode-se deduzir que o princípio de oportunidade, encarado restritivamente, está sempre vinculado, desde a perspectiva subjetiva, com o MP e com o Juiz (em regra, é este quem determina o arquivamento, atendendo solicitação daquele), e, desde a perspectiva objetiva, com suas atribuições, competências e obrigações dentro do processo penal, impostas pelo princípio de legalidade. Para completar esses conceitos só resta acrescentar que essa faculdade de arquivamento só vem sendo admitida em casos de “escassa relevância ou reprovabilidade social” e/ou falta de interesse público na persecução.

Adotado este conceito restrito do princípio de oportunidade, nele não se integrariam institutos como a ação penal privada ou pública dependente de representação (que são regidas mais propriamente pelo princípio dispositivo), o *sursis*, o livramento condicional, o perdão, o indulto etc. (que configuram hipóteses regidas mais adequadamente por “critérios de oportunidade”, livre ou vinculada).³⁵

7.2 Objetivo

Com o princípio de oportunidade deseja-se alcançar, dentre outros, os seguintes objetivos:³⁶ a) oferecer uma solução de natureza processual (e econômica) para o problema do controle da criminalidade de bagatela; b) desburocratização, aceleração e simplificação da Justiça Criminal; c) evitar a imposição de qualquer “pena” e do seu efeito anti-socializante (assim como o próprio processo, a condenação, os antecedentes etc.) nesta criminalidade de escassa importância; d) permitir que a Justiça Criminal cuide com maior atenção da criminalidade de maior importância; e) impedir o incremento da pequena e média criminalidade; f) permitir a realização da moderna política criminal baseada na intervenção mínima do Direito Penal; g) permitir uma maior utilização da chamada “justiça pactada ou consensuada”, em que o sujeito assume algumas responsabilidades jurídicas (reparação dos danos em favor da vítima, p. ex.) que ocupam o lugar da “pena”, sem as desvantagens desta e h) assegurar, de modo rápido e descomplicado, o acesso à Justiça da vítima de delito, desfazendo-se a nada abonadora imagem generalizada de que o Judiciário é de difícil acesso, moroso, caro etc. A vítima de delito, como sabemos, raramente vê reparados seus danos e prejuízos no atual sistema jurídico brasileiro. Esse é um dos mais graves defeitos do atual sistema. De um modo geral ela deve esperar a conclusão do processo penal para, depois, ingressar na via civil com ação de execução; excepcionalmente ela propõe ação civil concomitante. De qualquer modo, o certo é que o sistema exige uma iniciativa autônoma da vítima no âmbito civil, quando o mais justo, o mais correto do ponto de vista político-criminal, é resolver seus danos e prejuízos no próprio âmbito penal. Dentro

do Juizado Especial Criminal a meta primeira deve ser, portanto, a reparação dos danos à vítima, não a fixação de uma multa. Ainda é muito generalizada entre nós a crença da década de setenta de que na pena de multa estaria o futuro do Direito Penal. Nada mais equivocado. Basta perguntar a quem é destinada a pena de multa? Sabemos que é ao Governo que, ressalvadas umas poucas exceções, aplica muito incorretamente o dinheiro público. Por isso, qualquer importância que o condenado tenha que (e possa) pagar, deve ser destinada à reparação dos danos da vítima do delito.

8. Critérios determinantes do arquivamento do “caso”

No tocante aos critérios que podem ter importância para a decisão de “arquivar” ou “não arquivar” o “caso” — estamos nos referindo, como se vê, aos fundamentos do princípio de oportunidade —, numa espécie de desdobramento dos já citados requisitos gerais (reprovabilidade escassa, pouca lesividade da infração e decisão político-criminal de renunciar à pena), são lembrados os seguintes: 1. favorecem o arquivamento: a insignificante lesão do bem jurídico tutelado, culpabilidade leve do infrator, contribuição mínima para o delito, antigüidade da infração, fato que admite *sursis*, circunstâncias pessoais do acusado como primariedade, idade juvenil ou senil, caso de infrator-vítima, enfermidade, arrimo de família, mudança de comportamento social, submissão a tratamento desintoxicador, a sua situação econômica, a anuência da vítima, parentesco próximo com a vítima, reparação dos danos causados, restituição da coisa, contribuição da vítima para o delito, economia processual, efeitos negativos da instauração do processo, da realização e da experiência da audiência, de uma

eventual reincidência, de sua utilização para “vingança”, “descongestionamento” da Justiça, descriminalização a curto prazo, suficiência de outras sanções sem a natureza da pena etc.; 2. de outro lado, não são favoráveis ao arquivamento circunstâncias como antecedentes criminais, pertencer a grupos organizados, radicalização política, insatisfação da vítima, não reparação dos danos causados etc.³⁷

9. Disponibilidade de ação penal pública em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

9.1 Alemanha

a) O princípio de oportunidade na paradigmática Alemanha

De acordo com Armenta Deu,³⁸ na Alemanha o princípio de oportunidade não só já conta com uma tradição de mais de sessenta anos (desde 1924), senão também que tem vigência no âmbito do Direito Administrativo bem como na jurisdição de menores. No âmbito penal, por força de tal princípio, o “caso” pode ser “arquivado” nas hipóteses de: a) reprovabilidade escassa (CPP alemão, art. 153) (casos de culpabilidade mínima, de reprovabilidade relativa, de falta de interesse público na persecução ou que apresentam circunstâncias vinculadas ao estrangeiro), ou b) quando o interesse da persecução é satisfeito não pelo cumprimento da pena senão mediante o cumprimento de algumas condições ou mandatos (CPP alemão, art. 153a) (geralmente reparatorias ou pagamento de alguma quantia em dinheiro ou de alguma prestação alimentar), ou c) quando há um interesse mais valioso contraposto ao de persecução (CPP alemão, arts. 153 e 154) (interesse estatal, p. ex.), ou, por fim, d) nos delitos privados que passam para a responsabilidade

de do MP (CPP alemão, art. 376). Em todas essas hipóteses vigora o princípio de oportunidade na ação penal pública, é dizer, pode haver disponibilidade da ação penal, sem julgamento do mérito, desde que se trate de infração penal punida com menos de um ano de prisão. No que se refere à ação penal privada, já é da sua própria natureza o princípio da disponibilidade.

b) Modalidades de arquivamento no Direito alemão

No direito alemão há o “arquivamento” extraprocessual (que se dá antes de iniciada a ação penal) bem como o processual (depois de instaurado o processo). Na primeira hipótese há o “arquivamento” unilateral, de atribuição exclusiva do MP sem nenhuma participação do Juiz (que é possível nos crimes patrimoniais), assim como o “arquivamento” consensual, que exige a anuência do Juiz e às vezes do “acusado”. De outro lado há o “arquivamento” processual, que é da competência do Juiz, ressalvadas algumas exceções. É recorrível o “arquivamento” quando não há anuência do “acusado” ou do MP.

Há, de outra parte, o arquivamento incondicionado e o condicionado: o *incondicionado* (que está previsto no art. 153 do CPP alemão) não exige a comprovação da culpabilidade do implicado nem tampouco cumprimento de nenhuma condição ou obrigação; pressupõe culpabilidade ínfima e não existência de interesse público na persecução; no *condicionado* está presente o interesse público de perseguir, que pode ser eliminado se o implicado cumprir algumas condições (nos termos do CPP alemão, art. 153a, que cuida do chamado “arquivamento contra injunções e regras de conduta”, tais como reparação dos danos, pagamento de uma quantia em favor de alguma entidade,

prestação de serviço à comunidade ou obrigação alimentar); nesta hipótese, o arquivamento é provisório e aguarda-se o cumprimento das condições ou obrigações, geralmente reparatórias. Só depois de cumpridas é que se dá o arquivamento definitivo.

É um exemplo claro da “diversion”, que consiste na adoção de soluções alternativas, principalmente à pequena e média criminalidade. Favorece o infrator na medida em que ele pode ficar livre de um processo judicial, assim como de um antecedente criminal. Favorece a vítima ou a comunidade em virtude do seu sentido reparatório. Favorece a Administração de Justiça porque imprime maior celeridade no seu funcionamento e favorece, por fim, a tendência político-criminal de evitar a aplicação de uma “pena”, substituindo-a por uma “sanção” sem seus efeitos negativos.

Uma outra diferença marcante entre as duas modalidades de “arquivamento” de que estamos cuidando reside nos efeitos da coisa julgada: no incondicionado o caso pode ser reaberto, enquanto no condicionado isso é impossível, salvo se se apura um infração conexa mais grave (punida com um ano ou mais de prisão).³⁹

Se nos Estados Unidos a solução encontrada para fazer frente ao “perigo de esmagamento” do sistema judicial causado pela pequena ou média criminalidade foi o incremento do *plea bargaining*, que se verificou acentuadamente depois da década de sessenta — como veremos abaixo —, na Alemanha, para enfrentar semelhante perigo, desde a década de setenta, foram adotadas as vias da descriminalização penal (em sentido estrito), da aceleração processual, do “processo por ordem penal” e, por fim, da possibilidade de arquivamento do caso sem sentença condenatória, nos termos do princípio de oportunidade: as duas últimas são

formas processuais de descriminalização e também atendem à finalidade de economia processual. O acolhimento do princípio de oportunidade (que é uma “solução alternativa”) hoje já parece indiscutível, mas a doutrina alemã é muito crítica em relação à possibilidade de o MP — numa das hipóteses legais — poder determinar o arquivamento do “caso” sem nenhum controle judicial (acham, inclusive, que isso é inconstitucional); sugere, destarte, maior controle judicial assim como a ampliação da ação para obrigá-lo a exercitar a ação penal. Outras críticas que são dirigidas contra tal princípio são: ele favorece os mais ricos que podem pagar a reparação e “comprar” o benefício e, ademais, viola o princípio de presunção de inocência. Gössel insurge-se contra estas últimas críticas dizendo que a possibilidade de o infrator prestar serviços à comunidade invalida em grande parte o argumento de que só os ricos são favorecidos; de outro lado, acentua que as condições são “consentidas” voluntariamente pelo infrator.⁴⁰

Como observação final a respeito do Direito alemão, cabe salientar que o princípio de oportunidade que leva ao arquivamento do caso (sem ou com condições) não se confunde com o denominado “processo por ordem penal”: no primeiro não há condenação enquanto no segundo ela existe, porém, com um efeito descriminalizador (só) parcial que consiste em evitar o procedimento penal ordinário, sobretudo a audiência pública. A pedido do MP o Juiz emite uma “ordem penal” (nunca uma pena privativa de liberdade) que será levada ao conhecimento do implicado: se está de acordo (“auto-submissão”), a ordem se torna exequível, do contrário, segue-se o procedimento ordinário. Cabe, assim, ao implicado escolher o procedimento.⁴¹ Tal arquivamento não se confunde, ademais, como veremos logo em seguida, com o *plea*

bargaining norte-americano, que é muito mais amplo.

9.2 Estados Unidos da América⁴²

Os Estados Unidos, seguindo a tradição anglo-saxônica, criaram um peculiar procedimento que permite a disposição da ação penal, é dizer, seu sistema jurídico, um dos pioneiros neste âmbito, admite amplamente — não só na criminalidade de bagatela, portanto — a denominada “justiça pactada ou contratada ou negociada” ou, ainda, o *plea bargaining*.⁴³ O mais conhecido modelo de *plea bargaining* é o que consiste no seguinte: uma vez que se dá conhecimento da acusação — qualquer que seja o crime — para o imputado, pede-se o *pleading*, i. é, para se pronunciar sobre sua culpabilidade; se se declara culpado (*pleads guilty*) — se confessa — opera-se o *plea*, i. é, a resposta da defesa e então pode o juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença (*sentencing*), ocasião em que se aplicará a pena (geralmente “reduzida” — ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes —, em razão do acordo entre as partes), sem a necessidade de processo ou veredito (*trial* ou *verdict*); em caso contrário, abre-se ou continua o processo e entra em ação o jurado.

As vantagens deste sistema, dentre outras, são: a) permite um pronto julgamento da maioria dos assuntos penais; b) evita os efeitos negativos que a “demora” do processo provoca, sobretudo quando o imputado está preso; c) facilita uma pronta “reabilitação” do infrator; d) com menos recursos humanos e materiais — economia — são julgados mais casos — eficiência — etc. Dentre as desvantagens são citadas: o menosprezo pelos princípios da inocência, da verdade real, do contraditório etc., a sua injustiça porque há, com frequên-

cia, flagrante “desigualdade” entre os negociadores, a falta de publicidade, sua pressão e coação psicológica, sua manipulação política etc. Mas todas essas críticas resultam em grande parte invalidadas quando se considera que o “acordo” resulta da livre manifestação da vontade do implicado, sempre assistido, ademais, por profissional técnico.

O modelo de justiça pactada prosperou depois da II Guerra Mundial e, sobretudo, nos anos sessenta, quando aumentou notavelmente a criminalização dos comportamentos sociais nos EUA. Foi o meio encontrado pelos norte-americanos para enfrentar o grande volume de processos judiciais (cerca de 80 a 90% dos casos são resolvidos pelo “acordo”). Conta hoje com o apoio inclusive do Tribunal Supremo.⁴⁴ Inglaterra e Holanda possuem mecanismos praticamente idênticos ao *plea bargaining* dos Estados Unidos; pode-se dizer a mesma coisa da Áustria no que se refere ao uso e posse de entorpecentes.⁴⁵ Não se deve confundir, no entanto, o *plea bargaining* norte-americano (que é cabível em relação a qualquer infração), com o arquivamento do caso inspirado no princípio de oportunidade adotado pela Alemanha, Portugal etc. (como já vimos, nestes últimos países o arquivamento só é possível nos chamados crimes de bagatela). Não cabe confundir, de outra parte, o *plea bargaining* com o *plea guilty*, que é a conformidade simples do acusado com a pena solicitada pelo acusador, porém sem *bargain* (sem negociação, sem transação).⁴⁶

9.3 Panamá

Depois da Reforma Processual Penal de 1987 o CPP do Panamá criou um instituto que é uma mescla do *plea bargaining* norte-americano, do *compounding* e do princípio de oportunidade. Como destaca o processualista espanhol Almagro Nosete, consoante o

atual sistema panamenho, “o processo pode terminar e ser arquivado nos delitos de furto simples, lesões corporais culposas (imprudentes), estelionato, apropriação indébita, receptação, alguns delitos “familiares” e emissão de cheques sem fundos, quando *desista* da pretensão punitiva a pessoa ofendida ou seu representante legal e desde que se trata de acusado primário que tenha reparado o dano”.⁴⁷

9.4 Conselho Europeu

A desburocratização e a consequente simplificação e agilização da Justiça criminal, como estamos vendo, é um tema que vem merecendo grande atenção nos últimos anos. Na Europa cada vez mais comunitária —, p. ex., em 1987, o Comitê de Ministros dos Estados membros do Conselho Europeu expediu a Recomendação n. R (87) 18 sobre a simplificação da Justiça penal. Nela sugere, dentre outras medidas, especialmente para infrações menores e nos *contentieux de masse* (assuntos de escassa relevância), a) a adoção do princípio de oportunidade, b) procedimentos sumários e simplificados e c) a transação; recomenda, ademais, a simplificação do procedimento ordinário etc.

Concretamente no que se refere ao “princípio de oportunidade no exercício da ação penal” (*opportunité des poursuites*), adverte que esta faculdade deve ser legalmente disciplinada e só adotada quando existam “indícios suficientes de culpabilidade”, levando em conta, de qualquer modo, “a gravidade da infração, as circunstâncias e as consequências da infração, a personalidade do infrator, os efeitos de uma eventual condenação, a situação da vítima (garantindo-lhe sempre seu direito à reparação dos danos) etc.; esclarece, de outra parte, que o “arquivamento do caso” pode ser incondicionado ou condicionado (a regras de conduta, ao pa-

gamento de uma importância, à indenização da vítima etc.); nesta última hipótese sempre será necessária a anuência do infrator e ocorrerá a “suspensão do processo”, até que se cumpram as condições. Uma vez cumpridas, “arquiva-se” o assunto; se não cumpridas instaura-se ou continua-se o processo.

Referida Recomendação n. R (87) 18 estimula também a adoção pelos Estados europeus da “transação”, sobretudo em assuntos penais de pouca gravidade: esta transação deve ser rigorosamente disciplinada em lei e pode versar sobre alguma quantia a ser paga para o Estado ou para alguma entidade de beneficência, a restituição de bens, indenização da vítima etc.; deve-se garantir ao infrator a inteira liberdade de não “transigir” e, caso o faça, ficará excluído definitivamente o exercício da ação penal, desde que cumpridas as condições da transação.

Como se percebe, esta figura da transação não difere em quase nada do chamado “arquivamento condicionado”. O importante é salientar que em ambas as hipóteses entra em jogo o princípio de oportunidade, que é a faculdade conferida ao órgão acusatório de não propor a ação penal, quando presentes alguns pressupostos e requisitos. Em suma, nestes hipóteses, não há ação penal ou, se exercida, faculta-se sua *desistência*; de modo algum há condenação “penal”, muito menos reincidência etc.

Outras medidas processuais sugeridas e que guardam certa afinidade com o princípio de oportunidade são: a) a imposição para um maior número de delitos de uma condição de procedibilidade (p. ex.: representação para a ação penal pública, onde tem muita relevância a vontade da vítima), bem como b) a faculdade conferida ao Juiz de suspender, mediante algumas condições, o processo (“suspensão da instrução ou da sentença”).

No que se refere ao âmbito penal (Direito Penal) recomenda-se a descriminalização daquelas condutas massivas e inexpressivas (*infractions de masse*), transformando-as em ilícitos administrativos ou em condutas totalmente atípicas, quando o caso. Quanto aos ilícitos administrativos sugere-se a não intervenção de um Juiz, procedimentos sumários, a não imposição de medidas coercitivas físicas, o pagamento imediato de multas (quando foi a sanção imposta), a anuência do infrator etc.

Nas infrações de menor importância (de menor potencial ofensivo, segundo nossa Constituição, art. 98, I, ou criminalidade de bagatela, segundo a preferência da doutrina), não sendo possível evitar a ação penal ou suspender o processo, recomenda-se a utilização de procedimentos simplificados, destacando-se, dentre outros, três: a) o procedimento da “*ordem penal*” que, como já vimos consiste no seguinte: O Juiz, aceitando o pedido do MP, sem ouvir o infrator, emite uma ordem penal, estabelecendo uma determinada sanção (nunca de prisão), e determina que se lhe dê conhecimento imediato; depois de um determinado e razoável prazo (para eventual consulta a um advogado), o infrator pode concordar ou discordar da “ordem”: em caso positivo a “ordem penal” equipara-se a uma sentença condenatória, com todas as suas consequências; em caso negativo anula-se a “ordem penal” e inicia-se o processo normal, sem que tenha valor o princípio da *reformatio in peius*; b) o procedimento do *guilty plea*,⁴⁸ muito desenvolvido no sistema norte-americano; em algumas hipóteses, em caso de o infrator declarar-se livre e publicamente “culpado”, dever-se-ia permitir ao Juiz a dispensa da produção de provas, passando-se imediatamente à sentença; c) por fim, uma outra forma de abreviar o andamento processual consiste na *conformidade* do acusado e

seu defensor com a pretensão punitiva deduzida em juízo, dispensando-se a produção de provas, ou o *acordo* (pacto ou transação) entre as partes (infrator, advogado e promotor) sobre uma determinada pena, que será fixada pelo Juiz, se estima oportuno.

Do ponto de vista estritamente “procedimental” e em relação às infrações não consideradas de pouca gravidade, as principais recomendações são as seguintes: a) evitar que a instrução prévia presidida por Juiz tenha “caráter geral ou obrigatório”; b) excluir todos os formalismos inúteis e só declarar alguma nulidade processual quando ocorrer prejuízo real para os interesses da defesa ou da acusação; c) evitar ouvir as testemunhas já ouvidas por uma autoridade judicial; d) pronunciar a sentença rigorosamente no prazo estabelecido; e) quando as provas orais foram gravadas (fita de vídeo gravador etc.), a transcrição escrita deve ser a mínima possível; f) permitir, nos casos de pouca gravidade, a sentença oral (que ficará só gravada); g) a sentença escrita deve ser “sucinta” o quanto possível, expondo só a motivação, a decisão da culpabilidade, da pena e da indenização da vítima; h) as notificações e citações devem ser realizadas de acordo com formas simples e rápidas, compreendendo-se a via postal; i) em assuntos tecnicamente complexos (p. ex.: criminalidade econômica) devem participar promotores, juízes e funcionários “dotados de formação, conhecimento e experiência *ad hoc*”; j) nestas hipóteses da instrução prévia (inquérito) deveria se encarregar um órgão especializado do MP, que deveria ademais contar com a assistência de “expertos” no campo da psicossociologia, da medicina, da psiquiatria, da contabilidade, da economia, das finanças, da polícia científica etc., para “enfrentar a crescente tecnicidade da criminalidade e da prática de provas” etc. *

9.5. Portugal

Em Portugal o novo Código de Processo Penal (de 1987), para agilizar o funcionamento da sua Justiça criminal e tutelar “razoavelmente” a pequena ou média criminalidade, prevê não só duas hipóteses de aplicação do princípio de oportunidade, senão também dois procedimentos abreviados: o sumário e o sumaríssimo.

De acordo com a primeira hipótese de aplicação do princípio de oportunidade (CPP, art. 280) pode-se arquivar o “caso” antes ou depois do exercício da ação penal, quando o CP prevê a possibilidade de “dispensa” ou “isenção de pena” (e o CP prevê a possibilidade de “dispensa da pena” em seu art. 75 quando o crime for punível com pena não superior a seis meses e desde que a culpa seja diminuta, o dano tiver sido reparado e se não opuserem as exigências da recuperação de delinquente e da prevenção geral). Como hipóteses de isenção de pena podem ser lembrados: ausência de culpabilidade, isenção determinada pelo tipo penal etc. Decretado o arquivamento antes da ação penal, se requer a participação unicamente do MP e do Juiz de Instrução; se a ação penal está em curso, depende também da vontade do imputado.

A segunda hipótese de disponibilidade da ação penal está regulada no art. 281 e é, praticamente, cópia do art. 153a do CPP alemão, é dizer, a pena de prisão não superior a três anos pode ser substituída pelo cumprimento de uma série de obrigações (daí a denominação de “arquivamento contra injunções e regras de conduta”), desde que haja acordo entre todos — acusado, vítima, Promotor e Juiz —. Uma vez celebrado o acordo “suspende-se provisoriamente o processo”; cumpridas todas elas, decreta-se seu “arquivamento”; não cumpridas, prossegue-se o processo.

Para esse “acordo” (pacto) são necessárias as seguintes condições: a) pena distinta da de prisão ou pena de prisão até três anos; b) acordo entre acusado, vítima, MP e Juiz; c) acusado primário; d) culpa leve; e) que as condições impostas (“injunções e regras de conduta”) atendam as exigências de prevenção: dentre elas destacam-se: a) indenização à vítima; b) satisfação moral adequada à vítima; c) pagamento de alguma quantia para o Estado ou instituição privada; d) o não exercício de algumas profissões; e) não frequentar determinados lugares; f) não residir em certos lugares; g) não acompanhar algumas pessoas; h) não possuir determinados objetos utilizáveis para o cometimento de delitos etc.⁴⁹

Como põe em destaque Costa Andrade,⁵⁰ as características marcantes da “suspensão provisória do processo” consistem no elevado número de sujeitos processuais que necessitam dar sua aquiescência (o que é natural quando se trata do “espaço do consenso”), bem como na sua finalidade ressocializadora, circunstâncias que a distinguem de outros ordenamentos jurídicos (como o polonês, p. ex., que dispensa a concordância do juiz, do imputado e da vítima e exige algumas condições “de vigilância” — policiais —); o mesmo autor ainda destaca a vocação do instituto para a criminalidade onde a dimensão vitimológica é determinante, para a informalidade, para a simplificação etc. Sua distinção, por último, do arquivamento do art. 280 reside no seguinte: nesta última hipótese não há “interesse público” em nenhuma resposta do ordenamento jurídico (é o arquivamento incondicionado, porque sua fenomenologia situa-se “abaixo das exigências mínimas” do princípio de necessidade de intervenção penal), enquanto na “suspensão” do art. 281 está presente este interesse, daí a consequência de se tratar de um arquivamento condiciona-

do a "injunções e regras de conduta" que, embora como sanções distintas da "pena", atendam as exigências de prevenção (ressocialização). De qualquer modo, o certo é que o implicado continua "coberto da presunção de inocência" porque não se discute sobre sua culpabilidade.

O denominado procedimento sumário⁵¹ — para crimes puníveis com pena de prisão não superior a seis meses — cf. arts. 392 a 398 do CPP português —, por seu turno, não tem nada que ver com o princípio de oportunidade, até porque dele resulta uma sentença condenatória — nos termos do princípio de legalidade —, que não ocorre quando da oportunidade se trata. É um procedimento nascido por inspiração de idéias como celeridade, eficácia, simplificação, bem como das tendências político-criminais da *diversion* e do "consenso" (pois exige a anuência do acusado); sua maior virtude está em evitar a instrução, bem como a audiência de julgamento, em atenção à ressocialização do acusado (que não padece os efeitos negativos da audiência criminal, do processo etc.); a sentença proferida transita em julgado imediatamente. Não se confunde de modo algum com o procedimento "de ordem penal", que é imposto pelo Juiz, atendendo solicitação do MP, mas sem ouvir o sujeito implicado.

9.6 Itália

O novo Código de Processo Penal italiano (de 1989), seguindo a moderna tendência de abreviar o procedimento penal o mais possível, sobretudo no âmbito da "criminalidade de bagatela", reestruturou a fase instrutória (que é dirigida por um Magistrado do Ministério Público) e criou cinco procedimentos especiais, sendo que em quatro deles aparece o "acordo entre as partes". Desde que haja conformidade do

acusado e anuência do MP, é possível a) o juízo abreviado (elimina-se o debate), b) o juízo imediato (elimina-se a fase probatória), c) a aplicação da pena (até dois (2) anos) a pedido das partes, com redução de um terço ou d) o procedimento por decreto (ou "ordem penal"), é dizer, a pedido do MP o Juiz "por decreto" fixa a pena e depois dá conhecimento para o imputado da pena imposta; este não é ouvido previamente e pode concordar com a pena imposta (encerrando-se o assunto) ou dela discordar (nesta hipótese a pena fixada não é exequível).

Vale ainda recordar que o Parlamento italiano aprovou recentemente a criação de "juízos de paz" que terão competência para decidir: causas civis até cerca de cinco mil dólares, ressarcimento de danos derivados de acidente de trânsito até cerca de trinta mil dólares, causas vinculadas com condomínio, inquilinato etc.; no âmbito penal sua competência será fixada em lei e passará a valer a partir de janeiro de 1994; a justiça de paz italiana entrou em funcionamento em setembro de 1992.⁵²

9.7 Espanha

Na Espanha, apesar do clima propício criado pela influência do Direito anglo-saxônico, norte-americano e de seu entorno cultural (Conselho Europeu, Alemanha, França, Itália, Portugal etc.), favorecido neste momento por um amplo apoio doutrinário,⁵³ ainda não se adotou o princípio de oportunidade⁵⁴ enfocado em seu sentido estrito, i. é, neste país ibérico ainda não é possível decretar o "arquivamento do caso" (sem sentença de mérito) antes ou durante a ação penal, por razões de oportunidade — ressaltando-se a legislação de menores,⁵⁵ — mas é inegável que a Reforma do CPP de 1988, inspirada da Recomendação n. (87) 18 do Comitê de Ministros dos Estados Euro-

peus,⁵⁶ contemplou uma figura processual agilizadora: trata-se da conformidade do acusado e de seu defensor com a pena de maior gravidade — *guilty plea* — (cf. arts. 791 a 793.3 do CPP espanhol), dentro do “procedimento abreviado”.

Esta conformidade (que alterou o anterior sistema sobre o mesmo tema) pode ser expressada a) conjuntamente com a acusação do MP, b) no momento em que se apresenta a defesa ou c) na audiência, antes de iniciar a fase probatória, e permite que o Juiz sentencie imediatamente, sem a realização de provas (“trunca” o processo), nos casos em que a pena não exceda seis anos. Não há, como se vê, arquivamento, senão sentença de mérito antecipada, ditada de acordo com a “transação” (ou “convênio”)⁵⁷ das partes e por economia processual. Já se discutiu se o Juiz podia impor pena menor que a pedida pelo MP e a posição do Tribunal Supremo foi em sentido positivo.⁵⁸

Dentre outros, os pontos criticados deste “procedimento abreviado” — além de que ele não oferece as vantagens do princípio de oportunidade — consistem (a) na ausência de previsão da ação popular para controlar a atuação do MP e (b) na falta de uma regulamentação clara, explícita e pormenorizada dos pressupostos e requisitos da “transação”.⁵⁹

Seguindo a tendência atual, sobretudo europeia, recentemente (30.4.1992) foi publicada na Espanha a Lei 10/1992 que introduziu algumas modificações no seu chamado “procedimento abreviado”, criando, com isso, o chamado procedimento “imediato” ou abreviadíssimo, que foi recebido pelos operadores jurídicos — sobretudo pelos juízes — com muito “ceticismo”.⁶⁰ Nos casos de “prisão em flagrante” ou quando “existe carga probatória mais que suficiente para formular a acusação”, praticamente se suprimiu a fase inves-

tigatória, sob a alegação de que há casos “em que desde o princípio não são duvidosos os fatos, sua tipicidade, sua autoria, suas circunstâncias modificadoras da responsabilidade etc.”. Atendidos esses pressupostos, o Juiz de Instrução abre vista para o MP (ou para o acusador particular), que poderá oferecer a denúncia “de imediato”; em seguida, o próprio Juiz de Instrução marca a audiência de instrução e julgamento, intima todos os que devam comparecer na audiência e cita o acusado, que tem cinco dias para apresentar sua defesa e requerer provas; passados no mínimo dez dias realiza-se a audiência e o julgamento.

O legislador espanhol, com esta recentíssima lei, perdeu uma grande oportunidade para se modernizar político-criminalmente e se posicionar ao lado dos países do seu entorno: ele agilizou o procedimento que já era abreviado, é verdade, mas sem ceder qualquer espaço em sua tradicional política criminal “repressiva”, baseada em uma resposta estatal clássica (pena de prisão ou de multa, qualquer que seja o delito). Não introduziu nenhuma das modernas sugestões político-criminais no sentido de estimular a reparação dos danos em favor das vítimas ou de oferecer oportunidade real de ressocialização ao infrator ou de beneficiar a sociedade com um menor “custo” social. Diz na exposição de motivos que tais modificações legislativas vêm beneficiar a Administração de Justiça (pela crença em seu bom funcionamento) assim como a sociedade em geral “que veria notavelmente robustecida a *exemplaridade da Justiça penal*” (grifei).

É um legislador, como se percebe, que não esconde seus ranços retribucionistas, que confia cegamente no “exemplo” da lei e da Justiça criminal, esquecendo-se que uma lei para ser exemplar não exige severidade (não precisa ser necessariamente severa,

como já dizia Beccaria em 1774): esse efeito de exemplaridade da pena só se pode conseguir quando concorrem muitas outras circunstâncias, destacando-se dentre elas a rapidez (imediatidade) de sua aplicação, a infalibilidade (certeza de que a conduta será sancionada), a sua justiça e proporcionalidade socialmente apoiadas, o efeito real (não nominal) do castigo que não precisa ser necessariamente uma “pena”, o atendimento das expectativas da vítima (sobretudo as de reparação dos danos), das do infrator (de ser socialmente reintegrado, especialmente quando reconhece “seu” delito e “sua” vítima), bem como da sociedade (de pagar o menor custo possível pelo problema criminal) etc.

Seguindo a mais pura tradição formalista-positivista, de outra parte, continua acreditando que pode mudar a realidade “a golpe de lei”: continua com a ilusão de que tendo nas mãos o *Diário Oficial* que publicou a lei já é o suficiente, como se de uma vara mágica se tratasse, para mudar a realidade no caso, a precária situação da Justiça, que está totalmente desestruturada para cumprir a lei —; trata-se de uma lei que será qualificada de “bem-intencionada” mas que terá, dentro do atual contexto, pouca eficácia prática, porque “não se preocupou nem prévia nem concomitantemente com a remoção dos obstáculos técnicos, estruturais, organizacionais, materiais e humanos necessários para sua aplicação”: uma coisa é a *law in book* e outra muito distinta é a *law in action*: essa distância que o legislador muitas vezes ignora ou se considera impotente para contornar, retira qualquer esperança de melhora da prestação do serviço público “justiça” e descumpre um dos mandamentos básicos da moderna política criminal que consiste na obrigatoriedade de se examinar, antes de entrar em vigor, a viabilidade prática da lei segundo as

atuais condições reais da Administração de Justiça.⁶¹

O que se nota claramente, com essas leis inexecutáveis, é a *disfuncionalidade* — flagrantemente cruel para a imagem dos juízes e do Poder Judiciário e que é uma das sérias causas da sua deslegitimação — do atual modelo de Estado Democrático de Direito, onde o *legislativo* atribui cada vez mais tarefas para o — ou exige celeridade do — *judiciário* que, totalmente desestruturado, depende do — dinheiro do — *executivo*. Quem faz a programação das tarefas do judiciário é o legislador mas quem viabiliza a operacionalidade judicial — dotando-a de meios — é o Governo: e desde o momento em que não se constata conexão entre a “programação” e os “recursos” para concretizá-la, quem arca com o desprestígio é o Poder Judiciário e seus juízes. Temos aqui, cremos, mais um forte argumento para sustentar a independência econômica *total* da Administração de Justiça, que deve ficar assegurada constitucionalmente, fixando-se um percentual da receita pública com destinação vinculada e intransferível para o Judiciário.

NOTAS

1. Afirmar que o delito é “normal” não significa que devemos aceitá-lo, senão que ele cumpre certas funções sociais: para a sociologia funcionalista, p. ex., o delito não é um corpo estranho, senão um fator regulador da vida social; a criminalidade é “normal”, dizem as teorias da marginalização, porque toda sociedade distribui (papéis) posições sociais, impulsionando os marginalizados a assumirem determinados papéis (de desempregado, de delinquente etc.); o delito é útil, diz Durkheim, além de necessário para a sociedade, porque reforça e confirma a norma violada (Coser) e atende as “necessidades de pena” do desviado (segundo a Psicologia profunda). Sobre todas essas afirmações cf. Hassemer, Winfried e Muñoz Conde, Fran-

cisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 37 e ss.

2. V. nesse sentido Costa Andrade, Manuel da, "Consenso e oportunidade", em *Jornadas de Direito processual penal — O novo Código de Processo penal*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 334 e ss.

3. Texto citado por Fernandez Entralgo, Jesus, "Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988", em *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 33, nota 48.

4. Sobre a necessidade e a importância da "formalização" do controle social v. Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit., pp. 116 e ss. A respeito da atual tendência de "desformalização", que está conectada com a de "funcionalidade" do sistema, v. Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit., pp. 174-175.

5. Regra como a do art. 312, § 3º do CP deveria ser ampliada para muitas outras hipóteses. No que diz respeito ao art. 16 do CP, entendemos que deveria ser dele excluída a limitação "até o recebimento da denúncia ou da queixa".

6. Cf. García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología — Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 226 e ss.

7. Cit. por Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., p. 325.

8. V. nesse sentido Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", pp. 327 e ss.

9. Armenta Deu, *Criminalidade de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pp. 23-24.

10. V. sobre o aspecto político-criminal da criminalidade de bagatela Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., p. 342

11. Cit. por Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 23 e 31 (nota 23).

12. Sobre todas as iniciativas legislativas neste item citadas v., Conferência do Des. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior pronunciada no Seminário sobre A Revisão Constitucional ocorrido na Escola Paulista de Magistrados no dia 13.8.92.

13. A proposta na íntegra formulada pelos Juízes Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco

Antonio Marques da Silva encontra-se na RT 630/401 e ss.

14. Cf. RT 638/393 e ss.

15. A proposta na íntegra apresentada pelo Juiz José Antonio de Paula Santos Neto está publicada na RT 669/395 e ss.

16. Cf. nesse sentido Bacigalupo, "Descriminalización y prevención", em *Poder Judicial — Jornadas sobre la Justicia Penal en España*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid março/1987, p. 12.

17. Sobre as consequências alinhadas *sub* letras a a g v. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit. p. 24.

18. Cf. a respeito Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 47.

19. Cf. nesse sentido Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., pp. 321-322.

20. Assim, Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., p. 321, onde cita uma ampla bibliografia da corrente sociológica interacionista.

21. Cf. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 25 e ss.; sobre o que "oferece a política criminal moderna para resolver os problemas da criminalidade de pouca gravidade" cf. ainda Bacigalupo, "Descriminalización y prevención", cit., pp. 13 e ss.

22. Sobre o "processo de — ou por — ordem penal" alemão cf. Figueiredo Dias, Jorge e Costa Andrade, Manuel da, *Criminologia — O Homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Edit., Coimbra, 1992 (reimpr.), p. 495; Gössel, "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán", em *Justicia*, n. IV, Madrid, 1985, pp. 888 e ss.; Bacigalupo, "Descriminalización y prevención", cit., p. 16 e especialmente p. 27, onde defende sua introdução na legislação espanhola.

23. Cf. a respeito desta forma descriminalizadora no Direito alemão Gössel, "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras", cit., pp. 879-881.

24. Sobre as iniciativas legislativas alemãs sobre "furto em supermercados" e "justiça de empresa", v. Bacigalupo, "*Descriminalización y prevención*", cit., pp. 20 e ss.

25. A respeito do princípio de legalidade processual podem ser consultados: Costa Pimenta, *Introdução ao Processo penal*, Almeida, Coimbra, 1989, pp. 118 e ss.; Fernández Entralgo, J., *Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988*, cit., p. 31.

26. V. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 186-187.

27. V. ainda sobre o princípio de oportunidade: Costa Pimenta, *Introdução ao Processo Penal*, cit., pp. 127 e ss.

28. Cf. nesse sentido Fairén-Guillén, *Tendencias actuales del Derecho procesal penal*, em *Justicia*, Madri, 1991, p. 267.

29. Sobre as críticas ao princípio de oportunidade, cf. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 196 e ss. A propósito da delimitação dos poderes do MP, v. a mesma autora e ob. citada, pp. 65 e ss.

30. V. nesse sentido Delgado Barrio, Javier, *El principio de oportunidad en el proceso penal*, em *Actualidad Penal*, n. 15, semana 9-15 de ab./90, pp. 149 e ss.

31. Cf. Costa Andrade, *Consenso e oportunidade*, cit., pp. 339 e ss.

32. V. nesse sentido Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., p. 340.

33. Cit. por Fernandes Entralgo, *Los principios procesales*, cit., pp. 32-33.

34. Sobre tais conceitos v. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., p. 193.

35. V. a propósito Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 202 e ss.

36. Cf. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., p. 107.

37. V. Conde Pumpido, citado por Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., p. 195. Cf. ainda Costa Pimenta, *Introdução ao Processo penal*, pp. 127-128.

38. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 39 e ss. e pp. 89 e ss.; Cf. ainda Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., p. 343; Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia*, cit., pp. 492 e ss.; Gössel, "Princípios fundamentais", cit., pp. 882 e ss.

39. Nesse sentido v. Gössel, "Princípios fundamentais", cit., pp. 886-887.

40. Cf. Gössel, "Princípios fundamentais", cit., pp. 887-888.

41. V. Gössel, "Princípios fundamentais", cit., pp. 888 e ss.

42. Sobre os sistemas norte-americano, europeu-comunitário, português, italiano e espanhol que seguem v. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 220 e ss.

43. Sobre o *plea bargaining* v. Maynard, D.W., *Inside Plea Bargaining*, Plenum Press, New York, 1984, pp. 1 e ss.; Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia*, cit., pp. 483 e ss.

44. Cf. neste sentido Almagro Nosete, Jose, *et alli*, *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 154.

45. Assim Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., pp. 342-343.

46. V. nesse sentido Fairén-Guillén, "Tendencias actuales del Derecho procesal penal", cit., p. 267.

47. Almagro Nosete *et alli*, *El nuevo proceso penal*, cit., p. 156.

48. De acordo com "Dictionary of Criminal Justice Terms" ("Gould Publications", New York, 1990, p. 155) entende-se por "*guilty plea*" a resposta formal da defesa que admite o fato contido na peça acusatória; e nesta hipótese pode haver julgamento imediato sem "processo ou veredito".

49. Cf. a propósito Almagro Nosete *et alli* *El nuevo proceso penal*, cit., p. 157. Sobre o aspecto prático do instituto do princípio de oportunidade no primeiro ano de sua existência em Portugal v. Silva Miguel, João Manuel da, "Princípio da oportunidade", em *Revista do Ministério Público* (português), n. 4, fev. 1990, p. 71 e ss.

50. Cf. Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., pp. 346 e ss. Sobre a distinção entre o arquivamento do art. 280 e a suspensão do art. 281 v. tb. Costa Pimenta, *Introdução ao Processo penal*, cit., pp. 130-131.

51. Sobre o procedimento sumárioíssimo do CPP português cf. Costa Andrade, "Consenso e oportunidade", cit., pp. 356-358.

52. cf. La Republica de 3.8.91, p. 7.

53. De acordo com Fernández Entralgo ("*Los principios procesales*", cit., p. 32), tor-

nou-se incontestável na Espanha o apoio à iniciativa de se introduzir o princípio de oportunidade. Dentre outros, manifestaram-se favoravelmente V. Gimeno Sendra, Vives Antón, Moreno Catena, Ruiz Vadiño, Gómez Colomer e Conde-Pumpido Ferreiro.

54. Cf, inclusive sobre as críticas ao sistema adotado, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela*, cit., pp. 237 e ss.

55. A recente reforma da "Lei de Menores" (produzida pela Lei Orgânica 4/92, de 5 de junho) incorporou pela primeira vez na Espanha o princípio de oportunidade, possibilitando ao Ministério Fiscal, quando há reparação dos danos, "dar por concluída a tramitação", e ao Juiz "suspender a sentença".

56. Nesse sentido v. Almagro Nosete *et alli*, *El nuevo proceso penal*, cit., p. 145.

57. A natureza de "convênio" é sustentada por Almagro Nosete *et alli*, *El nuevo proceso penal*, cit., p. 150.

58. Cf. *El País* de 30.10.91, p. 34.

59. Cf. nota 12, supra. Sobre tais críticas e ainda sobre a insuficiência do sistema no que concerne ao cumprimento dos objetivos sociais que deve satisfazer, v. Almagro Nosete *et alli*, *El nuevo proceso penal*, cit., p. 158.

60. A junta de juízes criminais de Madrid decidiu publicar um documento no qual enfatiza que a agilização da Justiça "não depende só da publicação de uma lei no Diário Oficial, senão de toda uma infra-estrutura pessoal e material"; destaca, ademais, "a falta de meios para uma comunicação rápida com os sujeitos processuais, de intérpretes, de peritos, de laboratórios — casos de droga —, de um sistema informático, de meios de locomoção dos presos etc." (cf. *El País* de 4.6.92, Madrid, p. 1).

61. Cf. nesse sentido Hassemer e Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 74.

(cf. Maggiore, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1955, III/358).

É preciso algo mais, é dizer, é preciso, desde logo, reconhecer que o tipo legal do art. 343 não é um simples *delictum in itinere*, mas sim um verdadeiro *delictum sui generis*, vale dizer, uma conduta expressamente tipificada, que possui caracteres especiais e próprios, em relação à definição genérica do tipo de falso testemunho (art. 342, CP). É evidente que o tipo penal do art. 343 não abarca, por exemplo, simples rogos ou súplicas.

Aliás, a tendência dominante no direito comparado vai no sentido da pu-

nição de tais atos como delito independente (cf. arts. 159 e 160, CP alemão; art. 365, CP francês; art. 377, CP italiano).

Demais disso, frise-se, as disposições da Parte Geral do Código Penal encontram aplicação em todas as figuras da Parte Especial, salvo motivo especialíssimo, de fundo, que tenha o condão de excluí-la. O que não é o caso.

De conseguinte, infere-se do exposto que a participação secundária no delito de falso testemunho (art. 342, CP) não sofre a limitação que se lhe impôs no r. acórdão.

O PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" NA PRONÚNCIA

MÁRCIO BÁRTOLI

Juiz de Direito e membro da Associação
Juizes para a Democracia

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO — Pronúncia — Exclusão das qualificadoras do tipo — Ausência de prova de sua existência — Prevalência do princípio "in dubio pro reo" — Recurso desprovido.

Segundo a disposição cogente contida no art. 381, do CPP, a sentença, e por extensão, toda decisão, para se revestir de perfeição formal e substancial, deve conter, dentre outros, o requisito pertinente à indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar.

A dúvida, em tema de liberdade, deve ser resolvida sempre e invariavelmente em favor do réu, pouco importando a natureza do delito cuja prática lhe seja imputada. Ao Júri compete o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quando forem admitidos pela justiça togada.

TJDF — RSE 1.150-DF — j. 21.5.92 — rel. Des. Lécio Resende.

ACÓRDÃO — Acordam os Desembargadores da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Lécio Resende, Vaz de Melo e Luiz Cláudio Abreu) em

improver o recurso, à unanimidade, de acordo com a ata de julgamento.

Brasília, 21 de maio de 1992 — LUIZ CLÁUDIO ABREU, pres. — LÉCIO RESENDE — relator.

RELATÓRIO — Nos autos.

VOTOS — O Sr. Des. LÉCIO RESENDE (relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Órgão do Ministério Público com assento perante a MM. Vara do Júri da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, com fulcro no art. 581, n. IV, do CPP, em que manifesta irresignação com os termos da respeitável decisão que, pronunciando o recorrido, excluiu as qualificadoras do motivo fútil e do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Eis os fundamentos da respeitável decisão: "Não pode ser considerado fútil o motivo que teria levado o réu a praticar o fato. Não se tratava de simples dúvida, mas discussão acirrada em torno dela, entre pessoas de parcos recursos. Os vários golpes desferidos na região dorsal da vítima, conforme narra a denúncia, não podem ser considerados como

a circunstância qualificadora contemplada pelo n. IV, § 2º, do art. 121. Não há referência, na inicial, de atos de execução semelhantes à emboscada, à traição ou à dissimulação. Golpes nas costas não é o mesmo que golpes pelas costas. Poderia o réu, se for possível dar crédito à prova colhida sem o crivo do contraditório, ter se aproveitado do instante em que a vítima caiu, na tentativa de fuga, para lhe desferir esses golpes — estavam ambos, antes, frente a frente, cada qual com uma faca (fls.). Não poderia o réu utilizar-se de recurso para dificultar a defesa da vítima se esta, de antemão, já estava alertada para eventual ataque” — fls.

Em suas razões finais, o ilustre Promotor de Justiça salientou: “Assim, pairam dúvidas sobre as circunstâncias, sendo tais dúvidas resolvidas, nesta fase procedimental, *in dubio pro societate*.”

Ao sustentar a respeitável decisão, o MM. Juiz expôs a sua convicção nos moldes seguintes: “Pelo que se depreende das razões de recurso, quer o recorrente subtrair do juiz pronunciante a prerrogativa de analisar a admissibilidade da acusação, que lhe atribui o art. 408, do CPP. Estaria, assim, no seu entender, jungido ao convencimento do MP, dispensado este de fornecer os indícios indispensáveis à tipificação do delito em sua forma qualificada. O juiz, no entanto, não só pode, como deve, excluir a qualificadora sobre cuja existência não haja sequer indícios”.

Em suas razões, sustenta o Órgão do MP que: “Ademais não vemos como subtrair ao julgamento do Júri, que é seu Juízo natural, as qualificadoras da denúncia. Necessário se faz sejam elas revistas, em face de que, as circunstâncias revestem o crime de tal forma que, se impõe sejam inseridas na pronúncia, nos termos em que vazada na peça vestibular” (sic).

Permito-me reproduzir o disposto no art. 408 e § 3º, do CPP, *verbis*: “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciar-lo-á, dando os motivos do seu convencimento”; “§ 3º. O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo”.

Independentemente do resultado da discussão que se possa estabelecer sobre se a

pronúncia é sentença ou decisão, e, enquanto não se resolve o dilema, certo é que o Código de Processo Penal exige seja fundamentada (art. 381).

A denúncia, em qualquer caso, traz a classificação provisória do delito imputado, competindo ao Juiz, na sentença ou decisão interlocutória, conferir-lhe a exata definição.

Em hipótese alguma estará o Juiz jungido à classificação que ao crime seja dada na denúncia ou queixa.

Em qualquer caso, a dúvida há de ser resolvida em favor do réu, nunca, jamais, em favor da sociedade.

À sociedade devemos o trabalho diuturno, honroso e honrado, assecuratório da segurança, da tranquilidade, da paz. Nada além disso, porque nada autoriza brincar com a liberdade de quem quer que seja, em nome de um brocardo que se inspira no mais grosseiro simulacro de julgamento que a História registra: o de Jesus Cristo.

Felizmente, o Juiz contemporâneo não tem necessidade de agradar príncipes, reis, imperadores ou qualquer espécie de governante, mormente o Juiz de carreira. Importa que seja independente, imparcial e justo, honesto, corajoso e cavalheiro e que decida investido da autoridade que lhe é imanente, igualando os desiguais.

A acusação deve apresentar provas de certeza, que é um estado subjetivo de convicção. A defesa, entretanto, pode limitar-se a provas de probabilidade, de verossimilhança, de simples credibilidade.

A propósito do tema em julgamento, tenho como oportuna a lição de Darcy Arruda Miranda: “Para a pronúncia reclama o art. 408 da lei adjetiva penal, que veja o juiz provado o crime na sua materialidade. O delito terá de se revelar em positiva demonstração, como que ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa e irrecusável. Se no apurar os elementos de convicção, uma simples dúvida se apresentar, se qualquer suspeita, mesmo a mais frágil, mas suficiente para excluir a certeza, for admissível, tão ilegal e abusiva será a pronúncia como a condenação” (in *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, VI, n. 408, 4.886, RT, 214/122).

Segundo a disposição cogente contida no art. 381, do CPP, a sentença, e por extensão,

toda decisão, para se revestir de perfeição formal e substancial, para que seja apta a corresponder ao preciso e legítimo juízo de valor quanto ao fato em julgamento, deverá conter, dentre outros, o requisito pertinente à "indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão".

Isso equivale a dizer que o Magistrado, ao sentenciar, não pode, licitamente, ainda que em nome de uma concisão, que não raro se transmuda em omissão, fugir à exposição, insere numa lógica e argumentação mínimas, dos motivos e razões que o conduziram à rejeição de tal ou qual sustentação, e ao acolhimento, contrariamente, desta ou daquela das pretensões deduzidas.

Na motivação, como salienta Tourinho Filho, "o Juiz analisa os fundamentos fáticos em que se arrima a pretensão deduzida, sopesa e valora as provas produzidas, analisa regras de direito, dando, enfim, a conhecer o desenvolvimento do trabalho intelectual do Magistrado que o leva a conclusão, que é a decisão propriamente dita" (in *Processo Penal*, 4/194, 6ª ed.).

Para satisfazer a todas essas exigências, evidentemente que não pode o Juiz poupar-se ao trabalho intelectual de analisar cada um dos argumentos postos por qualquer das partes, nem de sustentar e explicar, coerentemente, as razões de seu convencimento, que não comporta, assim, o cômodo atrelamento ao arrazoado de uma das partes, fazendo-o razões de decidir.

O Juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas, estas livremente apreciadas na formação do veredito.

A dúvida, em tema de liberdade, deve ser resolvida sempre e invariavelmente em favor do réu, pouco importando a natureza do delito cuja prática lhe seja imputada.

Ao Júri compete o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quando forem admitidos pela Justiça togada.

Quer isto dizer que o Juiz de hoje, segundo o nosso entendimento, não deve indagar da multidão a quem deva restituir a liberdade, mas dizer à multidão quem deva ser por ela julgado em definitivo. No primeiro caso, lava as mãos e as conserva imundas; no segundo, não as lava, porque as mantém limpas.

Compete ao Juiz, na pronúncia, decidir quanto à existência das qualificadoras invo-

cadas pela acusação, em face, justamente, da provisoriedade da classificação emprestada ao delito na peça acusatória inicial.

O que não pode e nem deve é presumir em favor da sociedade, como o fez Pilatos, transformando os julgamentos do Júri em sórdidos espetáculos, em razão mesmo do vício de origem que macula a parêmia tantas vezes citada.

No julgamento do Rec. em sentido estrito 1.142, perante esta Egrégia Turma, tive o ensejo de trazer lição doutrinária de José Frederico Marques, que tanto enobreceu a toga e a cátedra compondo o TJSP e sua Universidade.

E por que a considero oportuna, reproduzo-a ao ensejo deste julgamento: "Da mesma forma que os pregoeiros do Júri criticam o juiz profissional pela severidade com que encara os delitos comuns, os governos fortes subtraem da magistratura togada, em prol das justiças especiais ou de exceção, os crimes políticos e aqueles contrários à segurança do Estado, sob o pretexto de que os tribunais ordinários, adstritos a formalismos jurídicos, não apreciam com o devido rigor a prática de tais delitos. Colocado assim entre os dois extremos, o juiz de carreira, afeito a seu ofício, só tem do que vangloriar-se: temem-lhe as decisões os que em nome das complacências inexeqüíveis ou das severidades iníquas, não querem a justiça serena, imparcial e segura, onde, sob o império do direito e da lei, cada um recebe o que merece. O Júri e os tribunais de exceção constituem os pólos da justiça sem lei. Entre eles, encarnando os ideais do *jus suum cuique tribuere* coloca-se o juiz togado, com a rigidez e o formalismo que tanto criticam, mas que no fundo traduzem a garantia do cumprimento da lei e do respeito ao direito instituído" (in *A Instituição do Júri*, 1/6, Ed. Sarai-va, 1963).

Bem andou o ilustre Juiz prolator da respeitável decisão, excluindo, como o fez, as qualificadoras do tipo, cuja existência não restou demonstrada pela prova acusatória, e oxalá perseverar nessa conduta em todos os casos que vier a decidir.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. VAZ DE MELO: De acordo.

O Sr. Des. LUIZ CLÁUDIO ABREU — (Presidente): Também acompanho o ilustrado voto do em. Relator, que bem apreciou a

questão em todos os ângulos. Na realidade, se as qualificadoras não estão presentes, não teria sentido mantê-las na sentença de pronúncia, apenas para que o Júri as considerasse ou não presentes no crime imputado ao acusado. O que resta a considerar pelo Júri, a meu ver, é a intensidade do dolo com que se houve o acusado no episódio, circunstância essa que também será sopesada pelo Juiz em eventual decisão condenatória.

DECISÃO — Improvido. Unânime.

RELATÓRIO — Ronaldo Rodrigues Costa foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, ns. II e IV, do CP, por ter, no dia 14.4.91, por volta das 14 horas, nas imediações da Ceasa, desferido vários golpes de instrumento perfuro-cortante em José Ribamar Pereira do Nascimento, causando-lhe as lesões determinantes de sua morte.

De acordo com a decisão de fls. 82, o réu foi pronunciado como incurso no art. 121, *caput*, do CP, e recomendado na prisão em que se encontrava.

Irresignado com o *decisum* de 1º grau, recorreu o MP, fls. 96/101, requerendo a inclusão na pronúncia das qualificadoras apontadas na denúncia.

Contra-razões, fls. 103/106, onde o réu sustenta que as circunstâncias modificativas legais somente poderão ser reconhecidas pelo Tribunal do Júri, mediante quesito correspondente, porque não é facultado ao Juiz *a quo* reconhecê-las na pronúncia, requerendo, portanto, a manutenção da decisão.

De acordo com o despacho de fls. 107, o MM. Juiz monocrático manteve seu ato.

Nesta sede recursal, manifestou-se a douta Procuradoria, fls. 111, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

COMENTÁRIOS

1. A 2ª T. Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, através do v. acórdão 1.150, de 21.5.92, editou decisão importante sobre o momento processual da pronúncia, prevista no art. 408 do CPP, propondo uma análise e uma leitura mais moderna das normas que regem essa

fase do processo dos crimes de competência do Júri, refutando: 1. a possibilidade de existência de decisão desmotivada e 2. também a do princípio reitor predominante no sentido de que, a dúvida, deve ser decidida *pro societate*.

1.1 Na ementa ficou assentado que, “Segundo disposição cogente contida no art. 381, do CPP, a sentença, e por extensão, toda decisão, para se revestir de perfeição formal e substancial, deve conter, dentre outros, o requisito pertinente à indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar. A dúvida, em tema de liberdade, deve ser resolvida sempre e invariavelmente em favor do réu, pouco importando a natureza do delito cuja prática lhe seja imputada”.

1.2 Nos processos de crimes de competência do Júri, como sabido, o procedimento é chamado de escalonado, como leciona o Prof. Frederico Marques, porque: “Há, de início, uma fase procedimental preparatória, para o julgamento da denúncia, e uma segunda fase definitiva, para julgamento do libelo. Antes de ser formulada a pretensão punitiva, deve o juiz dizer da admissibilidade da acusação. Para tanto, forma-se um procedimento preliminar que se encerra com o *judicium accusationis*, a fim de que, mediante atos principalmente instrutórios, possa o juiz verificar se há probabilidade de ser exata a imputação deduzida na denúncia. Provável a veracidade da imputação, o juiz declara a denúncia procedente para que seja, em seguida, apresentada e julgada a acusação” (*A Instituição do Júri*, Ed. Saraiva, 1963, p. 57).

1.3 A pronúncia, pouco importando como se conceitue a sua natureza — mera decisão processual de admissibilidade do *jus accusationis*, como prefere a maioria dos doutrinadores, por não conter sanção e não formar coisa julga-

da — deve ser editada como outra sentença qualquer, ou seja, convenientemente motivada, à luz das determinações constantes do art. 381 do CPP, que requisita, no seu n. III, como elemento essencial desse título “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, em conjugação com a parte final da disposição do art. 408 do mesmo diploma que determina que o juiz motive o seu convencimento.

1.4 Ao exigir que a decisão de pronúncia seja convenientemente fundamentada, com a demonstração da prova em que se baseou, em cumprimento ao disposto no art. 381, III, do CPP, o v. acórdão refere-se, não só, à necessidade da demonstração da probabilidade da autoria da infração penal, um dos requisitos previstos no art. 408, como também da exata indicação, no quadro probatório, das eventuais circunstâncias qualificadoras descritas na denúncia (CPP, art. 416), como afasta um entendimento comumente aplicado pelos operadores jurídicos, mas sem qualquer sustentação científica no direito processual, no sentido de que a dúvida que recair sobre a exata comprovação desses elementos deve ser decidida *pro societate*, em virtude da competência constitucional do Tribunal do Júri, a quem incumbe dirimi-la.

De acordo com a interpretação desses dispositivos processuais, verifica-se, desde logo, que eventual incerteza a respeito da probabilidade da autoria ou sobre a realidade de alguma circunstância qualificadora não pode existir numa sentença devidamente motivada. É impossível que na prestação jurisdicional não sejam enfrentadas todas as questões cruciais e fundamentais do processo, mesmo porque o art. 93, n. IX da CF determina que todas as decisões judiciais devam ser, obrigatoriamente, motivadas.

É inadmissível a decisão afirmar, por hipótese de trabalho, que os indíci-

os sobre a autoria da infração não são suficientes, ou que a prova sobre alguma circunstância qualificadora não tenha restado demonstrada, e, mesmo assim, julgue procedente a imputação, sem dirimir a dúvida constatada.

Mesmo sendo considerada uma decisão de caráter interlocutório, por encerrar mera declaração de admissibilidade do *jus accusationis* (Frederico Marques, ob. cit. p. 232; Tourinho filho, *Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1992, p. 45), é bastante claro que, como colocado no aresto em exame, a sua motivação, de acordo com os elementos fáticos produzidos pelas partes no curso da instrução, é necessária e obrigatória, como nos demais pronunciamentos jurisdicionais, ainda mais porque emitida em desfavor do réu.

Já se decidiu, com acerto, pela necessidade de sua motivação, pois: “a pronúncia é verdadeira sentença, tão definitiva quanto qualquer outra porque nela se tem que examinar a qualificação e o mérito do delito e, portanto, que apreciar as questões de fato e de direito em debate: eis que só assim o Magistrado poderá fundamentar os motivos do seu convencimento” (*RJTJSP* 16/397). “Trata-se de sentença. Aliás, o próprio Código assim o reconhece (art. 413). Há nela um *julgamento*, embora sujeito a recurso e modificação em plenário” (Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Saraiva, 1967, p. 333).

1.5 Ainda sobre a necessidade de motivação da sentença, a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, em seu *O Processo Constitucional em Marcha*, Ed. Max Limonad, 1985, p. 253, após analisar o conteúdo de várias decisões oriundas do TACrimSP frente à Constituição, apresentou, sobre esse tema, as seguintes conclusões:

“I — A motivação de toda e qualquer decisão do juiz penal que implique uma restrição à liberdade individu-

al é indispensável, como condição para o exercício da defesa técnica; II — A falta de motivação da decisão pode consistir: a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas *sicut non essent* (carência de motivação intrínseca); c) na omissão do fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca); III — a motivação das decisões deve apoiar-se exclusivamente nos elementos existentes nos autos”.

Isso porque, “A motivação é o meio mais adequado para o controle democrático da atividade jurisdicional. Por seu intermédio, poderá o réu “conhecer e apreciar o processo mental do magistrado na opção e valoração de qualquer momento relevante para a decisão; e só assim se poderão localizar e individualizar os erros lógicos em que o juiz caiu. Esta possibilidade que o ordenamento jurídico reconhece hoje ao arguido é mais uma das garantias predispostas, pelo Estado de Direito, como tutela das liberdades individuais... O dever de motivar, no Estado democrático, é imposto ao juiz pelo próprio exercício da jurisdição pois é o único instrumento idôneo ao controle de sua atuação. E a motivação da sentença interessa não apenas ao cidadão como garantia de sua liberdade em face do eventual arbítrio judicial, como também ao Estado, que tem interesse em que a lei, expressão de sua vontade, seja cumprida com exatidão e que a justiça seja corretamente administrada”. (cf. v. acórdão 111.646, do TACrimSP, j. em 6.4.82, colacionado às fls. 255 do trabalho acima mencionado).

1.6 Assim, a motivação da decisão de pronúncia, quanto à existência do crime, probabilidade da autoria e presença de circunstâncias qualificadoras, tendo como base os dados e elementos de informação obtidos no curso da ins-

trução contraditória, é dado fundamental à validade desse título jurisdicional, e sua falta acarreta a sua nulidade nos termos dos arts. 381, III e 408, *in fine*, do CP.

O entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que “na dúvida razoável sobre o não reconhecimento das circunstâncias elementares, preferível será deixar, para o Tribunal do Júri, a decisão sobre a matéria” (RTJSP 24/395, 23/432, RT 556/316, 559/331, 597/367, etc) é incompatível com o dever de motivação constante desses preceitos processuais.

2. Dizer-se que na fase da pronúncia a manifestação judicial sobre a acusação é regida pelo princípio *in dubio pro societate* constitui-se num equívoco que não pode mais ser permitido, pois como destacado no v. acórdão, “a dúvida há de ser resolvida em favor do réu, nunca, jamais, em favor da sociedade”.

2.1 Invoca-se sempre como fundamento desse princípio o fato de a competência para o processamento dos crimes contra a vida pertencer constitucionalmente ao Tribunal e, em consequência, eventual incerteza constatada pela pronúncia a ele deve ser remetida.

2.2 Julga-se na fase da pronúncia, em verdade, apenas a procedência ou não da acusação, de acordo com o quadro de provas reunido na instrução, destaque-se, colhido sob a égide do princípio constitucional da *presunção de inocência*, estampado no art. 5º n. LVII da Carta Magna.

Mesmo que muitos não aceitem a aplicação desse princípio-garantia por receio ou por dificuldade de compreensão do seu significado, como constata-se pela Profª. Ada Pellegrini Grinover na apresentação do livro *Prisão Cautelar e Presunção de Inocência*, de Antonio Magalhães Gomes Filho, Ed. Saraiwa, 1991, onde, citando José Carlos Barbosa Moreira, assinalou que: “os

interesses contrariados, o imobilismo e o conservadorismo, a indolência mental são fatores que levam a uma certa propensão, da doutrina e da jurisprudência, a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo: "Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, a luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar de retrospectiva" (RT 304/152)".

2.3 Seria incoerente e profundamente contraditório, o juiz conduzir a instrução judicial probatória sob a diretriz do preceito constitucional da presunção de inocência, como lhe compete, para, em seguida, na fase de pronúncia emitir uma decisão *pro societate*, no caso de persistência de alguma dúvida razoável.

A hipótese de existência de dúvida razoável no processo penal, "após a produção da prova tem de atuar em sentido favorável ao argüido", escreve o Prof. Jorge de Figueiredo Dias, em virtude da existência do princípio *in dubio pro reo*. (*Direito Processual Penal*, 1º v., Coimbra Editora Limitada, 1974, pp 213-215).

2.4 Mas a jurisprudência é quase que unânime no sentido de que eventuais incertezas propiciadas pela prova resolvem-se nessa fase em favor da sociedade, invocando a competência constitucional do Tribunal do Júri, a quem cabe dirimi-las. Nesse sentido, julgados insertos in RT 585/352, 522/361, 575/367, 583/422, 587/296, 605/304, etc.

2.5 Mas a experiência demonstra que a aplicação desse princípio *in dubio pro societate*, aliado à recomendação de que a linguagem judiciária, na pronúncia, deve ser moderada, decorre apenas de mera praxe judicial e conta com certa

convivência dos autores jurídicos, funcionando até como desculpa, pois é, inevitavelmente, mais cômodo remeter a dúvida ao Júri do que ter de resolvê-la, penetrando mais profundamente no conjunto de provas existente no processo.

2.6 A respeito do uso desmedido dessas expressões praxistas que originam frases-padrão e esteriótipos decorrentes do costume judiciário, largamente adotadas, vale destacar parte do julgado oriundo da 5ª C, do TACrimSP, quando do julgamento do HC 122.504, em que foi relator o Juiz Silva Franco, onde ficou assentado que "No exercício da atividade judicante, convive-se não raro, com proposições de relevância, que se repetem com tal nível de frequência, que se tem, por vezes, a nítida impressão de que se está diante de verdades evidentes. Uma observação mais atenta permitirá, contudo, verificar que tais proposições encerram um pensamento fixo, um clichê que desconhece a realidade da vida e adormenta a consciência do julgador. Mas o poder da inércia e o peso da carga laborativa se incumbem de afastar toda visão crítica dessa problemática e os juízes de receptores se transformam em transmissores de falsos truismos, reforçando a linguagem mágica do esteriótipo que é aplicado como julgamento padrão para as situações concretas mais díspares".

Num processo penal democrático, onde vigora a idéia de uma igualdade de armas entre as partes, não há julgamento *pro societate*.

Há julgamento pró verdade, pois como colocado na decisão examinada: "À sociedade devemos o trabalho diuturno, honroso e honrado assecuratório da segurança, da tranquilidade, da paz. Nada além disso, porque nada autoriza brincar com a liberdade de quem quer que seja, em nome de um brocardo que se inspira no mais grosseiro simulacro

de julgamento que a História registra: o de Jesus Cristo. Felizmente, o Juiz contemporâneo não tem necessidade de agradar príncipes, reis, imperadores ou qualquer espécie de governante, mor-

mente o Juiz de carreira. Importa que seja independente, imparcial e justo, honesto, corajoso, cavalheiro e que decida investido da autoridade que lhe é imanente igualando os desiguais”.

VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

RANULFO MELO FREIRE

Desembargador aposentado, Membro da Associação
Juízes para a Democracia

PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. *“Habeas corpus” com o objetivo de trancamento de inquérito policial. Nova natureza do inquérito policial no atual regime constitucional brasileiro. Processo mandamental penal, em que foram dispensadas informações. Nulidade, dado o caráter de elemento, das mesmas de convicção do juiz. Sendo a liberdade direito absoluto, e objetiva a responsabilidade por sua violação, não cabe ao paciente provar a ilegalidade da prisão, mas a seu promotor evidenciar sua licitude, o que se torna impossível na hipótese de ausência da peça informativa. Cassação da sentença denegatória do “writ” criminal, para que outra seja dada, após a obtenção das informações.*

(TRF — 2ª Reg. — RHC 0015/RJ — Rel. Des. D’Andréa Ferreira).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO — MATÉRIA CRIMINAL — INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR — *Ilícitude da prova — Inocorrência — Natureza do inquérito policial — Disciplina da prova — Aplicação retroativa da CF/88 — Inviabilidade — Inocorrência de lesão à ordem constitucional (CF/88, art. 5, XL, LVI e LXIII e art. 133) — Recurso extraordinário não conhecido.*

O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios — precipuamente destinados ao órgão da acusação pública — habilitá-lo-ão a instaurar a *persecutio criminis in judicio*.

A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.

A investigação policial — que tem no inquérito o instrumento de sua concretização — não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória.

A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quando pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo.

Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

A regra constitucional superveniente — tal como a inscrita no art. 5º, LXIII, e no art. 133 da Carta Política — não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA E EMENTÁRIO

1. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Crimes cometidos por prefeito municipal em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas

RUI STOCO

(Juiz da 1ª Vara da Fazenda Nacional)

PREFEITO MUNICIPAL — Infração penal praticada no exercício do mandato — Competência.

I — “A CF/88, art. 29, item VIII, erigiu o Tribunal de Justiça como juiz natural dos Prefeitos Municipais acusados de prática de infrações penais comuns. Essa prerrogativa é extensiva aos ex-prefeitos quando se cuida de delito cometido durante o exercício do respectivo mandato.

II — Compete aos Tribunais Regionais Federais julgar os Prefeitos Municipais, se a infração de que são acusados foi praticada em detrimento de bens, serviços e interesses da União, seus entes autárquicos ou empresas públicas.

III — O simples fato de ter sido o inquérito instaurado pela Polícia Federal, não basta para se dizer competente a Justiça Federal, se das investigações resulta o contrário. Além disso, é dever da autoridade policial enviar o inquérito ao Juízo competente (CPP, art. 10, § 1º, c/c. 23).

IV — “HC. Competência. É da competência da Justiça do Estado o processo e julgamento de Prefeito acusado de ter-se apropriado de verba oriunda do Ministério da Educação e cultura, destinada, em virtude de convênio, à construção de escola do município, com quatro salas de aula. Anulação de sentença condenatória proferida por Juiz Federal, bem como de acórdão do Tribunal Fe-

deral de Recursos, que lhe deu provimento em parte.

Remessa dos autos à Justiça Comum. Ordem deferida”.

(HC 55.074-CE — STJ — j. 31.5.77 — Rel. Min. Leitão de Abreu — RTJ 82/378).

V — Recurso conhecido e provido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná”.

(STJ — 5ª T. — RHC 996-RS — Rel. Costa Lima — j. 20.3.91 — DJU 8.4.91, p. 3.891 — RSTJ 3/103).

PROCESSO PENAL — Competência para julgar prefeito por crime de apropriação de contribuições previdenciárias.

1. A competência constitucional em razão da matéria se sobrepõe ao privilégio de foro.

2. Por uma questão de simetria o prefeito será julgado pelo órgão de segunda instância da Justiça Federal.

3. Precedentes da Corte.

4. Recurso provido.

(TRF da 4ª Região — 3ª T. — RC 91.04.21170-7-RS — Rel. Fábio Bittencourt da Rosa — j. 5.5.92 — DJU 22.7.92).

COMENTÁRIOS

1. A E. 5ª T. do STJ e a 3ª T. do TRF da 4ª Reg., no RS vêm manifestando o

entendimento de que os crimes praticados por prefeitos municipais em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, da competência da Justiça Federal, devem ser julgados pelo órgão de segunda instância da Justiça Federal.

Os fundamentos desse posicionamento são de que a competência constitucional em razão da matéria se sobrepõe ao privilégio de foro e, ainda, por faltar jurisdição às Cortes Estaduais.

Por isso, "por uma questão de simetria", o prefeito deve ser julgado pelo órgão de segunda instância da Justiça Federal.

Não obstante o brilho e profundidade jurídica das sustentações feitas por tão autorizadas vozes, ousamos discordar desse entendimento.

E o fazemos de *lege lata*.

Na interpretação das regras sobre competência, o exegeta há de ter em mente que tais regras não conflitam, nem se contrapõem.

Pelo contrário, devem harmonizar-se, interagindo-se.

Dispõe a Constituição Federal, "Art. 29: O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois-terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

VIII — julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça".

Trata-se de foro privilegiado por prerrogativa de função, fixada pela lei fundamental e suprema, de modo que "toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências", como enfatiza José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, 1976, I/17).

Ora, tendo em consideração o texto expresso da nova Constituição da República no n. VIII do seu art. 29, patenteia-se que o julgamento dos prefeitos, nos processos criminais, passou a competir aos Tribunais de Justiça.

E, como a Lei Maior não faz qualquer distinção, deve-se interpretar que o privilégio de foro dos prefeitos se refere ao julgamento de qualquer ação penal, inclusive as de natureza privada, segundo julgado do E. TJSP (TJSP — HC — Rel. Marino Falcão — RT 640/276).

O fundamental e que efetivamente importa considerar, é que a Constituição Federal inovou sobre a matéria e escolheu e apontou os Tribunais de Justiça dos Estados como juízo natural e sede própria e exclusiva para o processo e julgamento dos prefeitos municipais, pouco importando a natureza do delito cometido, exceto, como resta evidente, os delitos da competência da Justiça Especial.

Deu-lhe, pois, competência originária, tendo em vista as relevantes funções de administração pública que os prefeitos exercem.

Ensina José Frederico Marques ser errôneo o entendimento de que os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas, constituem exceções ao direito estrito.

Segundo o autor citado, "é errôneo tal entendimento, porque a competência *ratione personae* dos tribunais superiores não constitui "foro privilegiado", nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe foro privilegiado, como o disse o Des. Márcio Munhoz, e sim competência destinada a "melhor amparar o exercício de certas funções públicas" (RDA, 12/71). E Garraud demonstrou, ao estudar a competência por conexão e continência de causa na Justiça Penal, que também se não aplicam, a es-

ses casos de competência "ratione personae", as regras pertinentes aos juízos especiais. Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece "por amor dos indivíduos", e sim em razão "do caráter, cargos ou funções que eles exercem", como ensinava J. A. Pimenta Bueno (*Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 5ª ed., p. 86). Ela está baseada na "utilidade pública e no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência do Tribunal Superior", como o disse, em 1874, o STJ (Paula Pessoa, *Código de Processo Criminal*, p. 195, nota 1.905), o que, sob outra forma, repetiu mais tarde, o insigne Costa Manso, ao reclamar essa competência originária para os Secretários de Estado. No processo penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui sobretudo uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Prof. Beleza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, "longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça". É o que também ensina Alcalá-Zamora, para quem não se cuida, na espécie, "de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a justiça" e ainda para evitar "por esse meio a subversão resultante de que os inferiores julgassem seu superiores" (*Tratado de Direito Processual Penal*, Ed. Saraiva, SP, 1980, 1º/247).

Por isso é que a nós parece equívoca a afirmação de que "a competência constitucional em razão da matéria se sobrepe ao privilégio de foro".

A uma, porque o chamado privilégio de foro concedido aos prefeitos municipais também tem origem constitucional.

A duas, porque no contexto das leis que estabelecem competência inexistente

previsão de supremacia hierárquica entre espécies de competência (territorial, em razão da matéria, em razão da pessoa, etc.), ou seja, não há uma relação de *maius a minus* entre competências.

Mas não se pode deslembrar que as regras constitucionais, por força da hierarquia das leis, sobrepeem-se aos preceitos de leis inferiores.

A três, invocando julgado do STJ: "a norma do art. 29, VIII é especial em relação ao art. 109 (que define a competência dos juízes federais). Vinga, por isso, o brocardo — *lex specialis derogat legem generalem*. Se não bastasse o argumento quanto à natureza jurídica das normas, cumpria invocar a teleologia do dispositivo. Evidencia finalidade precisa, impostergável, qual seja, de resguardar a função, o que não se confunde com privilégio pessoal". "...Assim, *data venia*, qualquer que seja a infração penal imputada ao prefeito, será apurada, exclusivamente, no Tribunal de Justiça do Estado a que pertence o município" (HC 1.045-0, Rel. Vicente Cernicchiaro).

E, como enfatizado no acórdão acima citado, "tenha-se presente que a opção do constituinte caracteriza causa de definir competência funcional, que prefere a competência em razão da matéria".

Por último, cabe trazer à calva uma questão de fundamental importância.

A discussão, para efeito de definir a competência aqui enfocada, não pode ser estabelecida sob o fundamento invocado no acórdão objeto deste comentário, de que "a competência em razão da matéria se sobrepe ao privilégio de foro".

Haveria aí uma *contradictio in terminis*.

Para que assim fosse, dever-se-ia estar tratando de uma competência não concedida às justiças dos estados, porque atribuída à Justiça Federal (em ra-

zão da matéria), mas que, por força do chamado privilégio de foro, quer-se atribuir aos Tribunais de Justiça dos Estados.

O enfoque é errôneo.

A competência da Justiça Federal, no âmbito penal, não foi fixada *ratione materiae*, mas *ratione personae*, tendo em vista apenas os interesses envolvidos e atingidos (bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas), quer dizer, tendo em vista a natureza do sujeito passivo imediato do delito.

Ou nas palavras do mestre exaustivamente citado: “o sujeito passivo do delito é que dá aos crimes em apreço o traço específico da qualificação constitucional. A jurisdição federal recebeu a atribuição de processar e julgar tais crimes, *ratione personae*, visto que a competência se fixou tendo em vista elemento subjetivo da lide penal, isto é, o sujeito passivo do crime. O que estabelece a competência da Justiça Federal, para esses crimes, é o seu sujeito passivo, e não o sujeito ativo. Por esse motivo, a qualidade do sujeito ativo não é suficiente para subtrair o crime da competência das justiças locais” (op. cit., p. 339).

Essa a dicção do art. 109 da CF/88: “Art. 109: Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV — os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

E isto é fácil de constatar, na consideração de que “de um modo geral, a competência *ratione materiae* entre nós tem por fulcro ou a qualificação de infração, tendo em vista a pena cominada ou então, as rubricas que qualificam grupos de infrações em legislação

penal” (José Frederico Marques, op. cit., pp. 299-300).

Portanto, o divisor de águas não é a competência em razão da matéria.

Isso quer dizer que a mesma competência *ratione materiae* que têm os juízes e tribunais regionais federais, também têm os juízes e tribunais estaduais.

Também esse aspecto foi enfocado no acórdão acima citado, *in verbis*: “A competência da Justiça Federal está arrolada no art. 109, IV a VII, IX e X. A competência da Justiça do Estado, por seu turno, por interpretação sistemática compreende as matérias não remetidas pela Lei Maior para outros órgãos judiciários. Substancialmente, registre-se, não há distinção entre a Justiça Federal e a Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Ambas integram a chamada justiça ordinária. Em sendo assim, a Justiça Federal e a Justiça Estadual e Distrital situam-se em relação gênero/espécie. As últimas são gênero porque albergam matéria remanescente; a primeira é especificamente arrolada, segundo o critério *numerus clausus* (STJ, HC 1.045-0).

Como acentou José Frederico Marques: “A Justiça Federal mencionada no art. 112, II (“Tribunal Federal de Recursos e juízes federais”), da Constituição da República, não constitui justiça especial, mas conjunto de órgãos judiciários integrantes da justiça ou jurisdição ordinária. Suas atribuições são especificadas dentro da competência residual da justiça ordinária, especificação feita com o objetivo de delimitar, dentro da mencionada jurisdição ordinária, a esfera de competência de órgãos judiciários da União e das unidades federativas locais...”. “...Os juízes federais, além disso, exercem a jurisdição civil e a penal, como os juízes locais, o que significa não haver diferenciações processuais na atuação de juízes federais e juízes estaduais” (op. cit., pp. 250-251).

2. O segundo argumento invocado no v. acórdão do STJ é o de que às Cortes Estaduais falta jurisdição para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas.

Quer parecer que o óbice inexistente.

Segundo a melhor doutrina, sendo o regime das jurisdições de direito público, ninguém pode exercer a função jurisdicional, a não ser quando dela investido por ato legítimo. O exercício da função jurisdicional só pode ser feito "por quem tenha, por uma investidura particular, a jurisdição" (Afonso Fraga, *Instituições de Processo Civil*, 1/399).

Tenha-se, ainda, que "jurisdição é uma das funções que o Estado exerce, como entidade soberana, dentro de seu território" (José Frederico Marques, op. cit., p. 221).

Por isso é que ensinou Juan Montero Aroca que "a jurisdição, como poder que dimana da soberania do Estado, é necessariamente única; é impossível conceitualmente que um Estado tenha mais de uma jurisdição. O que existe não são várias jurisdições, e sim várias manifestações de uma só jurisdição" (*Introducción al derecho procesal*, 1976, p. 28).

Para Prieto Castro, não há variedade de jurisdições, mas de órgãos encarregados do exercício da jurisdição em cada uma de suas manifestações. Isto posto, não há jurisdições especiais, e sim, órgãos judiciais especiais" (*Tratado de derecho procesal*, 1952, I/139, apud José Frederico Marques, op. cit., p. 229).

Também Fernando da Costa Tourinho Filho acentuou que "como função soberana, consubstanciada no Poder Judiciário, a jurisdição é única em si e nos seus fins" (*Processo Penal*, Ed. Jalovi, SP, 5ª ed., 1979, 2º/76).

Conclui José Frederico Marques que "o que se distribui entre juízes e tribunais não é o poder jurisdicional (i. é, a jurisdição), e sim a função. Processar, julgar ou executar são funções que se exercem em relação aos mais diversos litígios, razão pela qual, atendendo à natureza destes, surgem as diversas competências, com a divisão de funções entre os órgãos judiciais" (op. cit., p. 229).

Afastado esse falso óbice, resta observar que fixar ou definir competência pressupõe apenas dividir racionalmente os trabalhos do Poder Judiciário, estabelecendo critérios em razão de inúmeros fatores relacionados, por exemplo, ao sistema de divisão político-geográfica entre Poder Central, Estados, Distrito Federal e Municípios; aos territórios de "per si"; à natureza dos litígios; à condição das pessoas envolvidas (autor, réu, vítima).

Portanto, se à Magna Carta compete estabelecer critérios e princípios norteadores das diversas competências, como efetivamente fez em inúmeras passagens (arts. 29, VIII; 52, I e II; 86, 96, III; 97; 102; 105; 108; 109; 114; 124), cabe-lhe estabelecer as exceções, atribuindo a outro órgão ou Juízo competência que originariamente poderia estar atribuída a outrem, sem que se possa afirmar que a este outro falte jurisdição, posto que esta todos os juízes e tribunais detém, indistintamente.

Cabe reafirmar, em reforço, que a competência estabelecida no art. 29, VIII da CF/88 constitui disposição especial em relação à competência genérica estabelecida no art. 109, de modo que tem supremacia sobre esta.

Não se pode deslembrar que a atribuição de juízo natural para os prefeitos junto aos Tribunais de Justiça dos Estados tem como fundamento a prerrogativa da função por eles exercida.

E, segundo Tourinho Filho a razão de se estabelecer o foro pela prerroga-

tiva de função, tanto na Constituição, quanto nas leis ordinárias, é a mesma: decorre daquela. Foi em homenagem à relevância das funções que certas pessoas desempenham no cenário político-jurídico da República, seja no âmbito nacional, seja no âmbito restrito dos Estados, que se concedeu o foro "privilegiado". Destarte, onde existe a mesma razão fundamental deve prevalecer a mesma regra de direito (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*)" (op. cit., p. 142).

Disso se infere que conceder aos prefeitos u'a meia prerrogativa seria ridículo. Ou a tem por inteiro, segundo a vontade do preceito constitucional, ou se ofende a sua *ratio* teleológica.

Coerente com esse posicionamento Tourinho Filho aduz o seguinte entendimento, ainda quando vigente a Constituição Federal anterior: "O mesmo raciocínio é válido quando se tratar de infração cometida por Governador do Estado, Deputado Estadual ou Procurador-Geral da Justiça. Nestes casos, em face do princípio da simetria, deverão ser processados e julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado a que servem, pouco importando o *locus delicti* (op. cit., p. 144).

Também Frederico Marques invocou o seguinte exemplo, para afirmar sua posição convergente com o nosso entendimento: "Se, por exemplo, um desembargador do Estado do Rio de Janeiro comete crime em São Paulo, quem o julgará? O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ou o de São Paulo?

Eduardo Espínola Filho, a nosso ver, deu a resposta acertada, ao entender, quanto aos Juízes de Direito, que "competente para o processo é o Tribunal de Justiça do Estado onde o agente exerce a função que lhe confere a prerrogativa de foro". Pelo disposto no art. 144, § 3º, da Constituição, bem se percebe que Tribunal de Justiça competen-

te é aquele a que os juízes inferiores e o Tribunal de Alçada se encontram ligados hierarquicamente" (op. cit., p. 332).

Os exemplos invocados servem mais para demonstrar que a questão da "jurisdição" foi para os autores despicenda, para o fim de conduzi-los ao entendimento adotado.

3. Finalmente, cabe anotar que a solução preconizada nos acórdãos objeto deste estudo não traduzem jurisprudência remansosa, nem refletem entendimento harmônico do STJ.

Tanto é que, em sentido contrário, já se manifestou esse Colendo Sodalício, nos seguintes termos: "*Habeas Corpus* — Processual Penal — Prefeito Municipal — Competência. O *habeas corpus*, ação constitucional, é idôneo para fazer eficaz o juízo natural. Ninguém está obrigado a ver-se processar e julgar por juízo incompetente. A CR (art. 29, VIII) emitiu norma cogente. Firmou juízo natural, no caso de Prefeito Municipal. Não há que se fazer distinção, ademais, quanto à espécie de infração penal imputada. Competência de comando constitucional, fixada em razão da função" (STJ — 6ª T. — HC 1.045-0/RS — Rel. Vicente Cernicchiaro — j. 13.4.92 — DJU 27.4.92, p. 5.506).

O STF, julgando magistrado estadual por crime cometido em detrimento de autarquia federal, desprezou a regra do art. 109 da CF/88, que estabelece a competência da Justiça Federal, para dar prevalência ao art. 96, que dispõe sobre a competência originária dos Tribunais de Justiça para julgar os juízes estaduais, nos crimes comuns e de responsabilidade.

A ementa do acórdão é a seguinte: "*Habeas Corpus*. Competência. Paciente acusado da prática dos delitos de quadrilha e apropriação indébita, em co-autoria com magistrado estadual. Crimes cometidos em detrimento de autarquia federal.

Conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 68.846-2, a norma constitucional de competência, inscrita no art. 96, n. III, prevalece sobre a competência *ratione materiae* e atrai, por força das regras relativas à conexão e à continência, para o Tribunal de Justiça, o julgamento de todos os denunciados em co-autoria com Juiz de Direito (STF — Pleno — HC 68.936-1 — Rel. Célio Borja — j. 19.12.91 — DJU 10.4.92, P. 4.798).

Também a 1ª T. do STF, apreciando questão relativa a prefeito municipal deixou assentado, estreme de dúvida, tanto quanto é aqui defendido: “A nova ordem constitucional (art. 29, VIII) erigiu o Tribunal de Justiça do Estado-membro à condição irredutível de juiz natural dos prefeitos municipais nos processos penais condenatórios, qualquer que seja a natureza da infração penal a eles imputada. Essa prerrogativa, que é estabelecida *ratione muneris*, não caracteriza, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal aos ex-prefeitos, na hipótese em que a ação penal objetivar delitos cometidos durante o exercício funcional (Súmula 394 do STF)” (STF — 1ª T. — HC —

Rel. Celso de Mello — j. 7.11.89 — RT 651/368).

Induvidoso que decidiu exatamente no sentido contrário dos acórdãos que encimam este trabalho, demonstrando, cabalmente, a possibilidade de os tribunais estaduais processarem e julgarem delitos que, via de regra, são da competência da Justiça Federal, forte no sentido de que as disposições constitucionais que estabelecem exceções à regra geral, têm supremacia e não de ser obedecidas e respeitadas.

Não se deslembre, ainda, o enunciado da Súmula 394 do Excelso Pretório quando dispõe: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

4. Por tudo quanto ficou exposto, a conclusão é de que os prefeitos municipais têm foro privativo junto aos Tribunais de Justiça dos estados onde exercam ou tenham exercido seu *munus* público, pouco importando a natureza do delito pelo qual respondam, ressalvada, nos termos da Constituição Federal, a competência da Justiça Especial.