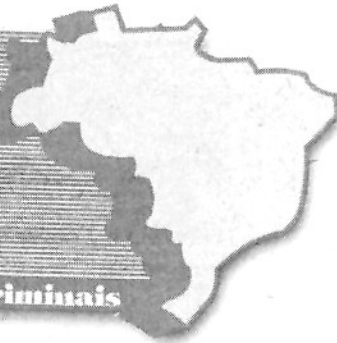


BOLETIM
EDIÇÃO ESPECIAL

ANO 6 Nº 70
SETEMBRO/1998

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

**IV SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

*Temas Fundamentais de
Direito Penal e Processual Penal*

O Sistema Penal e a Dignidade Humana

(PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO)

"Mas onde está o perigo, cresce também aquilo que salva".
(Hölderlin)

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição, art. 1º, III). Isto significa, em primeiro lugar, que ela deve ser respeitada, sob pena de vir a ser destruída, em seus alicerces, a instituição republicana, na hipótese de menoscabo à pessoa humana. Em segundo, trata-se de um respeito absoluto, jamais relativizado pela condição de pessoa ou pela circunstância objetiva em que se encontra, em outros termos, qualquer pessoa, em qualquer tempo ou lugar, merece um tratamento digno de seu ser. O direito humano de ser tratado dignamente sobrepuja os outros direitos de mesma índole, uma vez que estes são relativos e, como tais, não podem ser invocados por qualquer um, em qualquer situação. Assim, a vida e a liberdade, a que todos temos direito, não encarnam valores absolutos, pois, em determinadas ocasiões e contra determinadas pessoas, podem ser retiradas sem ofensa a seus detentores, estou legitimado, em conformidade com os quesitos legais, a tirar a vida de meu agressor, agindo naquele momento como se fosse o próprio Estado, o qual também está provido da faculdade de privar alguém de seu

direito de ir e vir, em caso de algumas infrações penais. Mas, quais as notas constitutivas da noção de respeito absoluto à pessoa humana, notas que a tornam ímpar e decorrem da dignidade que qualquer um tem o direito de postular diante de todos?

De modo direto, a nossa Constituição, repetindo quase literalmente um artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), mostra-nos o avesso do conceito, isto é, os componentes que o contradizem:

"Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III).

"É notável a correspondência entre o preso e o pobre, ambos destinados, ou no cárcere ou no meio social, por formas sutis e veladas de extermínio, à exclusão definitiva."

Ninguém, nem mesmo meu suposto agressor pode ser, no exercício de minha legítima defesa ao direito à vida, tratado de forma desumana (confira-se no paradigma citado a existência da moderação e dos meios necessários); semelhantemente, o mais ignóbil homicida e estuprador, no cumprimento de sua pena privativa de liberdade, tem o direito absoluto de não ser desumano ou degradantemente tratado.

De maneira afirmativa e mais explícita, valendo-se da figura do presidiário, cuja reclusão e invisibilidade aos olhos das pessoas livres o fazem vulnerável à hipertrofia da pena, a Lei Maior define sinteticamente a dignidade da pessoa humana e o respeito absoluto a ela devido, no inc. XLIX de seu art. 5º:

"É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Vale dizer, o Corpo e a Palavra, unidos mas inconfundíveis, formam a estrutura pessoal de alguém. O respeito, por seu turno, aparecerá se e somente se a integridade do Corpo e a integridade da Palavra forem mantidas. Em suma, cada um e principalmente o preso, encerrado em situação-limite, têm direito ao Corpo íntegro e à Palavra articulada e significativa.

Conjugando as duas formas de propor o assunto, é lícito afirmar que, nas relações sociais, um homem é dignamente encarado pelo semelhante ou pelas instituições, ao ser respeitado em sua integridade física e moral (o avesso da tortura; cf. Constituição, art. 5º, XLIX); ao ser incluído no grupo (o avesso do tratamento desumano, que marginaliza; cf. Constituição, art. 3º, III); ao ser considerado igual (o avesso do tratamento degradante, discriminatório; cf. Constituição da República, art. 3º, IV, e art. 5º, pártico).

Passemos agora ao sistema penal, para examiná-lo à luz da dignidade humana, do tratamento que ele confere, por suas institui-

ções e protagonistas, ao Corpo e à Palavra do cidadão envolvido em suas malhas. Inicialmente, na esteira de Nilo Batista, chamemos sistema penal ao grupo de instituições encarregadas, segundo regras jurídicas pertinentes, de realizar o Direito Penal (*"Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro"*, Rio de Janeiro, Revan, 1990). A instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária compõem tal grupo.

Como o preso é o *"homo mensura"* da sociedade, no sentido de avaliar, por seu modo de existir no cárcere, o tratamento que se atribui a qualquer pessoa do grupo comunitário, também é possível erigi-lo em indicador privilegiado da ideologia do sistema penal a propósito do ser humano. Com a palavra, a insuspeita Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos:

"Na prática, os presos no Brasil são, em sua maioria, maltratados e desamparados, o que minimiza a possibilidade de sua reforma e readaptação, dadas as condições físicas e humanas das prisões e do pessoal responsável pelo sistema penitenciário" (97º período ordinário de sessões, 29 de setembro de 1997. "As condições de reclusão e tratamento no sistema penitenciário brasileiro", parte da conclusão 38, sendo de nossa responsabilidade o sublinhado).

Façamos, em seguida, uma importante distinção, com a finalidade de surpreender o efe que une o sistema penal à pessoa humana. O tratamento penal comporta duas dimensões, a de não fazer o mal ao encarcerado e a de fazer-lhe o bem. Se preferirmos, um tratamento mínimo e um tratamento máximo, aquele garantindo a existência do apenado, este *"proporcionando-lhe condições para a harmônica integração social"* (Lei de Execução Penal, art. 1º, 2ª parte). Não falemos do último, utopia frequentemente denominada de *"mito da ressocialização"*. Contentemo-nos com a sobrevivência do presidiário no curso da satisfação penal. Como são nossas prisões?

"As sociedades modernas assumiram a custódia de seus agressores e a defesa de sua dignidade humana como obrigação moral. Os sistemas penitenciários brasileiros, antes de enfrentarem paradoxos da recuperação, fracassam nos requisitos mínimos da custódia — garantir a existência do prisioneiro e a satisfação de suas necessidades básicas" (Antonio Luiz Paixão, apud Kiko Goifman, *"Valetes em Slow Motion"*, Campinas-SP, Editora Unicamp, 1998, p. 75).

O sistema penal, portanto, mata, física e espiritualmente, o prisioneiro, à semelhança do sistema maior em que está incluído, cuja *"população economicamente desnecessária passa a ser socialmente perigosa... passível de eliminação física"* (Elmar Pinheiro Nascimento, *"Exclusão: A Nova Questão Social"*, Proposta, Rio de Janeiro, Fase, 22(61), p. 40, junho de 1994, apud Hugo Assmann, *"Vida Pastoral"*, set-out 1994, pp. 7-12). É notável a correspondência entre o preso e o pobre, ambos destinados, ou no cárcere ou no meio social, por formas sutis e veladas de extermínio, à exclusão definitiva, enquanto se apregoa na Constituição que *"todos são iguais perante a lei..."* e que *"não haverá pena de morte"*



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 96/99

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mafias

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro adjunto: Adriano Sallas Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Sérgio Sanchez (MTb 16 338)

Diagramação, Composição, Montagem e Fotolito:

Ameruso Artes Gráficas - tel. 215 3598

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 18.000 exemplares

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto"

Correspondência: IBCCrim,

Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, CEP 01018-010

S. Paulo - SP - Tels. (011) 3107-8743,

3105-6482, 3105-4607 e 3106-9306

http://www.ibccrim.com.br

e-mail: ibccrim@mnet.com.br



(art. 5º, caput, e inc. XLVII, letra a)

É possível reverter esse quadro, tão áspero quanto dramaticamente real (ao leitor mais cético, recomenda-se a simples visita a um distrito policial ou aos "Amarelos" do Pavilhão 5 da Casa de Detenção "Prof. Flaminio Fávero", para não só constatar a veracidade da exposição como criticar-lhe o tom excessivamente acadêmico e mitigado)? Afirmamos a reversão, mas, sob requisitos muito claros e práticos, o primeiro dos quais reside na permissão aos grupos não-governamentais e aos Conselhos de Comunidade para entrarem nas prisões e em seus mais recônditos lugares (cf. os arts. 4º e 80 da Lei de Execução Penal). A visibilidade do "homo mensura" é aterradora, indelével, inescapável e inescurecível; é impossível calar-se, porque a dispersa miséria dos pobres soltos nele se concentra em grau paroxístico, confrangendo o visitante à exclamação e ação conseqüente: "Eis o homem; não é possível que o tratemos assim; sua dignidade será a nossa causa". O segundo dos requisitos é a rememoração de Carandiru 92 (massacre de 111 detentos, no dia 2 de outubro),

a fim de que, com a possível desativação da citada Casa de Detenção, não se dilua na comunidade a lembrança de um intolerável episódio que, se olvidado, tornará para nossa vergonha a repetir-se na história penitenciária. Conforme a epígrafe de Hölderlin, aquilo que salva, o apelo à dignidade do preso e à de qualquer homem, só pode existir e impor-se na celebração da memória de quem, como em Auschwitz 40, miseravelmente torturamos e exterminamos.

O autor é advogado em São Paulo.

Dignidade da Pessoa Humana e Devido Processo Penal

(ADAUTO SUANNES)

Brasil e Estados Unidos têm, pesem as diversidades, algo em comum, no que diz com as chamadas garantias processuais, que, qual leito de Procuto, aumentam ou diminuem de tamanho, ao sabor das vicissitudes do momento. O episódio Motoboy (alguém já está condenado pela imprensa antes mesmo de ser ouvido) aqui e a exposição do presidente norte-americano a todo tipo de vexame lá (nada obstante o evidente propósito sensacionalista e a conduta cinematográfica do *custos moris* de plantão) confirmam isso. Presunção de inocência e direito ao silêncio são jogados ao olvido, em nome de um genérico "interesse público".

A história do *due process clause* é a história do eterno confronto entre as exigências da coletividade (com a conseqüente limitação do exercício dos direitos individuais) e a necessidade de conceder aos indivíduos mecanismos de defesa ante o poder estatal. Um tema que conhecemos muito bem.

Curiosamente, quando da promulgação da Constituição Federal norte-americana, em 1787, a maioria dos responsáveis por sua elaboração entendeu ser desnecessária a explicitação de um *Bill of Rights*, pois, segundo sua ótica, tal rol de direitos implicaria em cerceamento e não em concessão, uma vez que tudo aquilo que não tivesse sido expressamente proibido era permitido, até porque o autor da Constituição referida era ninguém menos do que "we, the people", como se diz logo no seu inítrito.

Assim — e segundo a ótica daqueles constitucionalistas — a consciência de cada cidadão era suficiente para indicar o que poderia ele fazer quando se tratasse do exercício dos seus direitos fundamentais, fossem eles relativos à vida, à liberdade ou à propriedade, os três temas fundamentais de que cogitava a Constituição.

Quando o documento aprovado na *Constitutional Convention* realizada em 17 de setembro de 1787 ainda pendia de ratificação por parte dos Estados ("the ratification of the conventions of nine states shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the states so ratifying the same", rezou o art. 7º da aludida Carta), inúmeros políticos já se movimentaram para fazer constar dela, em um apêndice, a relação dos direitos fundamentais do indivíduo que o Estado norte-americano pretendia explicitamente tutelar.

Menos de quatro anos passados (1791), eram aprovadas nada menos do que dez emendas à Constituição Federal norte-americana, cujo conjunto passou a ser conhecido por *Bill of Rights*. Ao todo, foram aprovadas 27 emendas, sendo que a última delas havia sido proposta ao Primeiro Congresso, não encontrando número de ratificações necessárias a sua entrada em vigor (foram sete ratificações no século XVIII e apenas uma no século XIX). Somente em 1978 e 1992 as últimas ratificações necessárias foram obtidas.

O fato, porém, longe esteve de significar uma aceitação pacífica do conteúdo desses princípios e garantias.

Em primeiro lugar, o fato de a Constituição Federal contemplar tais direitos e garantias não significou que os Estados estivessem obrigados a observá-los, dada a competência estadual para legislar sobre praticamente todos os assuntos e a importância a nível estadual da respectiva Constituição.

"A história do *due process clause* é a história do eterno confronto entre as exigências da coletividade e a necessidade de conceder aos indivíduos mecanismos de defesa ante o poder estatal."

Em segundo lugar, sempre houve quem questionasse a competência da Suprema Corte norte-americana para dar a tais direitos e garantias interpretação que lhes aumentasse ou diminuísse o alcance, principalmente impondo às Cortes Estaduais um entendimento uniforme. Se os *judices* daquela Casa não são — como jamais foram — eleitos pelo povo, como então lhes reconhecer o direito de expressar a vontade popular, se do povo não receberam mandato para tanto?

Recordemos alguns dos mais famosos *cases* daquela Corte a abordar o alcance das aludidas garantias, indicando a data de cada decisão, para podermos bem aquilatar o já referido jogo de avanços e recuos.

Em 1936, no *case Brown vs. Mississippi* a Corte Federal entendera que uma confissão obtida sob tortura era clara violação da *due*

process clause, de onde não poder prevalecer uma condenação nela baseada.

Em 1942, o mesmo tribunal afirmou, no *case Betts vs. Brady*, que a presença de advogado não se constituía em requisito obrigatório para que o processo fosse considerado hígido, ou, na expressão clássica, um *fair trial*. Tal entendimento desconsiderava o que havia sido afirmado nos *Scottsboro cases*, a que se referirá adiante.

Temos aí dois requisitos do *fair trial*: a necessidade de a confissão ser espontânea e a exigência de assessoria jurídica nos casos sujeitos à pena capital.

Sob a presidência do *judge Warren*, a Suprema Corte abordou esses dois temas, ao julgar dois outros casos nos quais o devido processo fora questionado, invalidando confissões obtidas por força de confissão feita a policial, não sob tortura, mas com ausência de advogado: *case Spano vs. New York* (1959) e *case Escobedo vs. Illinois* (1964).

Entre esses dois julgamentos, em 1962, no *case Wong Sun vs. United States*, a Corte abordou o tema dos *fruits of poisonous tree*, ao negar validade a uma condenação obtida a partir de uma detenção ilegal. Wah Toy fora detido sob a acusação de porte de entorpecentes, por indicação de um informante da polícia. Preso, ele indicou como partícipe Wong Sun, que foi então detido. O tribunal invalidou a prova consistente no depoimento de Wah.

Vinte anos depois do *case Betts vs. Brady*, no celeberrimo *case Gideon vs. Wainwright*, a partir do voto do *judge Black*, a posição lá assumida veio a ser revista. A afirmação da Suprema Corte do Estado da Flórida fora no sentido de que, sendo o réu "literate, mature, knowledgeable about court procedure", isso era suficiente a que ele se defendesse pessoalmente, caso não quisesse ou não pudesse constituir defensor, mesmo porque, no dizer do mesmo tribunal, "the judge and the prosecutor had not taken advantage of him" (cf. David J. Bodenhamer, "Fair Trial - Rights of the Accused in American History", Oxford University Press, 1992, p. 117). Aliás, segundo a Constituição da Flórida, somente em processos relativos a crime sujeito à pena capital se exigia a presença do defensor técnico.

Ressaltando que o *case Betts vs. Brady* fora um erro, a Suprema Corte, à unanimidade, revigorou o entendimento já manifestado nos casos de *Scottsboro (case Powell vs. Alabama - 1932)*, anterior ao caso *Gideon*, no teor de que cabe ao Estado assegurar defensor ao réu em qualquer processo criminal, sob pena de infringência da 14ª Emenda.



Scottsboro é uma cidade do Alabama, onde alguns jovens negros foram processados e condenados por haverem raptado moças brancas. Os processos foram anulados porque o Estado havia nomeado para os réus pessoas claramente despreparadas para desempenhar as funções de defensores.

Em 1966, no famoso *case Miranda vs. Arizona*, a Corte definiu os três elementos fundamentais do *fair trial*: a presunção de inocência, o conseqüente direito ao silêncio e a necessária assistência por advogado, sendo certo que o agente policial, no ato da prisão, está obrigado a advertir o detido não só desses seus direitos como de que tudo aquilo que ele venha a afirmar poderá ser utilizado contra ele no julgamento. A importância desse julgamento foi tanta que a expressão *Miranda warnings* passou a ser de utilização corriqueira para indicar aquelas garantias (cf. **Bodenhamer**, ob. cit., p. 4).

O mesmo prof. **Bodenhamer** da conta de que representantes da polícia, promotores públicos (*"prosecutors"*), juristas e políticos rapidamente se puseram contra o conteúdo das garantias explicitadas no famoso *case* (ob. cit., p. 122). Tanto o futuro presidente **Nixon** como o senador **Wallace**, expressos defensores da ideologia da *"law and order"*, sustentaram a necessária limitação daquelas exigências. Ironicamente, *"Nixon emphasi-*

zed judicial permissiveness as a cause of crime". *"Por toda parte homens condenados passeiam livremente. Algo de muito errado deve estar acontecendo na América"*, sentenciava ele (cf. **Bodenhamer**, ob. cit., p. 127).

Assim, em 1968, o Congresso norte-americano promulgou o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, que passou a definir as circunstâncias em que a atuação policial deveria ser respeitada, mesmo se não tivessem sido observadas as *Miranda warnings*. Por força dele, as confissões voluntárias poderiam ser levadas em conta, a critério dos jurados, a polícia poderia deter suspeitos por até seis horas ou mais sem mandado específico nem flagrante, se as circunstâncias concretas justificassem o ato, mesmo buscando-se uma confissão. Além disso, aludido ato legislativo passou a permitir o uso de escuta telefônica.

"Despite protests that these measures were unconstitutional", a opinião pública claramente aprovou a medida, embora a natureza dela não permitisse sua aplicação automática no que se referia aos processos estaduais, anota **Bodenhamer**. Como havia muita desordem, muitos homicídios e muita propriedade destruída, o lema agora era *"order not rights"* (ob. cit., p. 127).

Em 1986 porém, decorridos outros vinte anos, a contar do *case Miranda*, julgando o *case Bowers vs. Hardwick*, afirmou a Corte, por escassa maioria de 5/4 votos, que o direito à privacidade, garantido pela Constituição,

não se aplicava ao caso presente, quando policiais haviam invadido a residência de um gay, que estaria praticando relação sexual na intimidade de seu lar com parceiro adulto. Segundo tal decisão, a Constituição da Geórgia, que fundamentava a atuação policial, nada tinha de inconstitucional, a nível nacional, pois refletia o entendimento da respectiva sociedade de que *"certain sex acts are immoral and unacceptable"*. Votou vencido o *justice Blackmun*, para quem tal decisão violava um direito fundamental, *"the right to be alone"*.

Muito haveria a dizer sobre tudo isso. O que queríamos registrar, porém, é que a conquista da cidadania não se pode fazer por lei nem por decisões judiciais. A história apresenta avanços e recuos (cômodo seria comparar decisões de nosso Supremo Tribunal onde esse movimento pendular também aparece) e os juizes, como homens comuns que são, não estão alheios às influências culturais do momento.

Dai a importância das entidades que, buscando hem engergar através da fumaça provocada pela comoção trazida pelas condutas criminais, trazem sua palavra crítica aos cômodos remédios de ocasião com que os beneficiários do sistema e os políticos com suas pretensões eleitorais procuram trazer para curar males, cuja gênese nem sempre é adequadamente atacada.

O autor é advogado em São Paulo.

Execução Penal, Jurisdicionalização e Dignidade Humana

(DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR)

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos têm por suporte primeiro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Se o processo é forma de garantir tais direitos, o processo de execução não foge à regra. Também na atividade de execução da pena existe um conflito que se esboça dentro do próprio Estado: este tem interesse de executar a pena individualizada na sentença, mas também tem interesse na preservação dos direitos do sentenciado.

Dai a tendência de jurisdicionalizar o processo de execução criminal. A legislação de vários países, inclusive a do Brasil, consagra a jurisdicionalização. O processo de execução é, pois, um devido processo legal necessário para a imposição da pena.

Há que observar, nele, diversos princípios. O da legalidade, que é o princípio mais caro ao Estado Democrático de Direito, tem a ver, agora, com a legalidade da inteira repressão: é preciso conferir se a pena que está sendo aplicada é a certa em cada momento da execução. Outro princípio importante é o da individualização da pena: a cada preso a sua pena, numa atividade de permanente verificação, considerando o sistema progressivo, consagrado como a forma mais adequada de resgate da pena, porque nele o preso vai adquirindo aos poucos a liberdade.

A lei de execução prevê as condições do encarceramento legal. E quem confere a legalidade de cada situação é o juiz.

Contudo, se temos uma legislação voltada ao propósito de que o Poder Judiciário seja o juiz da execução, tenha acesso a todos os dados para que cumpra sua função, existe um grande descompasso entre a legislação e a realidade.

Sempre houve a tendência de afastar os

"Sempre houve a tendência de afastar os problemas dos presídios das preocupações gerais da sociedade, em torno das quais se organiza a demagogia dos políticos."

problemas dos presídios das preocupações gerais da sociedade, em torno das quais se organiza a demagogia dos políticos. A sociedade se preocupa com os níveis de violência, pede mais segurança, sem se dar conta de que os presídios realimentam a violência. Por isto, as autoridades só tratam de cuidar de uma das pontas do problema, por meio do policiamento ostensivo e da repressão ao crime, e não da outra, melhorando as condições dos presídios. O desprezo das autoridades para com as condições objetivas de encarceramento digno, o tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados têm provocado rebeliões, violência

reativa e promiscuidade.

Por isto, o sistema penitenciário já é utilizado pela teoria do Direito como exemplo de função negativa que o Direito vem cumprindo. Não recupera, é fonte de tensões e exerce um papel destabilizador das relações na sociedade.

A histórica falta de atenção dos juristas penalistas para com a execução da pena teve certamente conexão com o entendimento da prisão enquanto uma instituição total, em que não existe espaço para os direitos do preso, para o direito à divergência e para a ressocialização, fim do sistema penitenciário.

A disseminação deste entendimento ainda dá o tom às questões relacionadas com a verificação de faltas, quebra de disciplina e méritos dos detentos. Tais procedimentos são entregues prontos ao Judiciário, para o exercício de uma jurisdição formal e episódica, sem que o juiz conheça o verdadeiro perfil do conflito que deve julgar.

É conveniente lembrar que, durante a execução, o encarcerado sofre privação de certas atividades e castigos — alguns incompatíveis com as diretrizes traçadas pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, como a segregação celular —, impostos por autoridades menores do sistema penitenciário, sem qualquer controle jurisdicional.

A prática de falta grave gera consequências importantes para o condenado como a perda do direito ao tempo remido. Mas a ocorrência dela é declarada pelo diretor do presídio. O juiz toma conhecimento posteriormente, depois do fato consumado, apenas para os efeitos formais previstos em lei.

Será que basta, para que se tenha um processo de execução jurisdicionalizado, a possibilidade de que o preso inaugure um





procedimento-jurisdicional episódico para enfrentar possível lesão de direito decorrente do abuso de autoridade tão comum no cárcere?

Evidente que não.

O equacionamento entre as razões do preso e as razões do sistema não prescinde da oitiva deste. E a defesa técnica é necessária para garantir o contraditório e a ampla defesa. Logo no início da execução o juiz deveria

nomear um advogado ao preso que não o tenha. Mas isto não ocorre.

Recentemente, em São Paulo, a defesa técnica tem sido cobrada. Há casos até de anulação de sindicâncias pela falta dela. Infelizmente, não é a regra.

O fato é que, se todo encarceramento, hoje, é fundado nos princípios da legalidade e da individualização da pena, e a execução penal é jurisdicionalizada, o verdadeiro mergulho na ilegalidade em que se acha o sistema de encarceramento a qualquer custo, em

nome de um pretensa proteção da sociedade, está necessitando de providências jurisdicionais urgentes.

Só com uma mudança radical do Judiciário poderá resgatar seu papel essencial de garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

O autor é juiz de direito em São Paulo, presidente do Conselho Executivo da Associação Juizes para a Democracia e secretário da RBCCrim.

Há Produto Novo na Praça

(ALBERTO SILVA FRANCO)

Em termos mercadológicos, tão a gosto do processo de globalização, que tomou conta do país, há novo produto normativo no mercado: a Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. Não é preciso dizer que os meios de comunicação social noticiaram "a boa nova" com manifestações de exaltada euforia. Os famosos "bustos falantes", que ancoram os telejornais nacionais, puderam, enfim, "tranquilizar" a população brasileira. A explosiva questão da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, posta a nu, de modo gritante, nas televisões e nos jornais nacionais nos últimos meses, tinha sido finalmente solucionada. O Direito Penal, chamado à colação, dera seu recado. Não mais existiria a impunidade e não seria mais necessário repetir o cansativo bordão de que a ausência de comandos penais "é uma vergonha"! Com a intervenção penal, tudo entraria nos eixos: as firmas produtoras de alimentos ou os laboratórios de produtos terapêuticos ou medicinais passariam, num passe de mágica, a agir corretamente, dispensando qualquer outro mecanismo de controle ou vigilância sanitária.

A Lei nº 9.677/98 nasceu, no entanto, com a indicação falsa de seu conteúdo. A "bula" do novo produto normativo continha uma evidente dessincronia entre a ementa e o texto legal. A ementa rotulava os delitos mencionados na lei como crimes hediondos, mas nenhuma palavra do texto confirmava essa etiqueta. Para corrigir a falta de sintonia entre ementa e texto, foi necessária a produção de uma nova lei: a Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, publicada no *Diário Oficial* do dia imediato. Por ela, a marca "crime hediondo" foi pendurada apenas na figura típica do art. 273 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.677/98, excluído o § 2º do referido artigo. Assim, o rol de crimes hediondos, ao contrário do que prenunciava a Lei nº 9.677/98, foi acrescido apenas de um único tipo. É verdade que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional incluía também nesse rol o art. 272, com a nova redação da Lei nº 9.677/98, mas o sr. Presidente da República vetou essa inclusão sob fundamento de que se banalizaria o crime hediondo, na hipótese de ocorrer, por exemplo, uma insignificante redução do valor nutritivo de substância ou produto alimentício.

A correção da falha já referida não exonerou o teor da Lei nº 9.677/98, numa primeira abordagem, de outras restrições de não me-

nor gravidade: a carência inadmissível de técnica legislativa, a absurda equiparação entre medicamentos, cosméticos e saneantes, e a adoidada quantificação punitiva.

Alguns preceitos, primários e sancionatórios, têm como remate a sigla NR, colocada entre parênteses. O significado dessa sigla constitui, em termos penais, algo inusitado. Na melhor das hipóteses, se o legislador penal quis de forma gentil e prestativa, como é de seu feito, informar aos intérpretes da Lei nº 9.677/98 que tipos do Código Penal tinham recebido "nova redação" (NR) — a única idéia razoável — força é convir que a sigla não atendeu a esse objetivo. O § 1º-A do art. 272 e os §§ 1º-A e 1º-B do art. 273 — outra originalidade pouco conhecida na técnica de composição típica — não constam do Código Penal e são também novidades redacionais. Por outro lado, não há como equiparar, na sua ofensabilidade à saúde pública,

"A cada novo questionamento que a complexa e moderna sociedade apresenta, cria-se um diploma punitivo como se o Direito Penal tivesse, a seu dispor, fórmulas taumatúrgicas para solucioná-lo."

produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo. A Lei nº 9.677/98 contribui, além disso, para desequilibrar ainda mais o desestabilizado sistema de penas do Código Penal. Falsificar substância alimentícia, tornando-a nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passa a ser conduta bem mais grave do que ofender à integridade corporal de uma pessoa. Provocar uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou a deformidade permanente, ou ainda a incapacidade permanente para o trabalho. É interessante notar, nos termos do veto presidencial, que a

categoria do crime hediondo sofreria um processo de banalização, se houvesse uma insignificante redução do valor nutritivo de substância alimentícia. Mas essa "insignificante redução" autorizará a aplicação de uma pena mínima de quatro anos de reclusão... Por outro lado, falsificar produtos cosméticos, saneantes, ou mesmo terapêuticos, provocará uma desproporcional punição em confronto com o preceito sancionatório previsto para o delito de homicídio simples. Matar constitui fato típico bem menos gravoso...

Dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar sempre uma resposta penal a todo problema surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias consequências de seu atuar. A cada novo questionamento que a complexa e moderna sociedade apresenta, cria-se um diploma punitivo como se o Direito Penal tivesse, a seu dispor, fórmulas taumatúrgicas para solucioná-lo. Feita a lei penal, atendidos aos insistentes reclamos dos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, "acalmada" a opinião pública, passa-se a idéia de que tudo estará resolvido até que outro problema surja, a demandar nova intervenção penal. Isto acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva.

O furor repressivo que não diminuiu ao longo de quase dez anos — a produção legislativa a partir da Lei de Crimes Hediondos, datada de 1990, permanece com um vigor acentuado — recomenda que se reexamine, com muita atenção, não apenas a questão de manifestações de burla legal da legalidade, mas também a questão da emergência ou da excepcionalidade, na medida em que essa emergência e essa excepcionalidade se tornem, respectivamente, perene e comum. Leis penais reformadoras do Código Penal ou leis penais criadoras de novas incriminações tomaram conta da década de 90. A improvisação, o caos, a carência de rigor científico, o conúbio com os meios de comunicação social, a preocupação em dar uma tutela penal fortemente antecipada geraram o uso simbólico do Direito Penal e proclamaram a atuação do controle penal em termos de um eficientismo que só tem cabimento ao preço da violação de garantias fundamen-





tais, formais ou substanciais. A hipertrofia de delitos provocada pela massa imensa e confusa de normas penais põe em xeque a própria validade e a coerência do Código Penal como um sistema coordenado de proibições e de punições, impondo-se de forma cada vez mais nítida a necessidade de colocar-se um freio à frenética capacidade repressiva do legislador. Mais do que nunca a legitimidade da atuação penal deve estar firmada no paradigma garantista que não permite o desatrelamento do Direito Penal dos princípios axiológicos do Estado Constitucional de Direito. E se essa afirmação é exata, a própria produção do direito, nesse modelo de Estado, é disciplinada por normas, já não apenas formais, mas também substanciais, na medida em que se mostram limitadoras e vinculantes do legislador. Destarte, menos do que a vigência da lei, importa sua validade, ou seja, sua coerência com essas normas substanciais. Ora, ninguém desconhece que a Constituição Federal de 1988, conformadora do Estado Democrático e Social de Direito, possui, entre seus princípios fundamentais não formalizados, os da subsidiariedade e da proporcionalidade e ambos os princípios têm no legislador um endereço certo. Implica o primeiro não apenas "uma dimensão negativa de limite do ius puniendi, mas também, por exigência do Estado social de Direito, uma parte positiva, que obriga, para evitar o que Roxin denomina 'fuga ao Direito Penal', a tomada de todas as possíveis medidas positivas de tipo jurídico ou político-social que ajudem a evitar os delitos sem que se tenha de recorrer ao

Direito Penal" (Luzón Peña, Diego Manuel, in "Curso de Derecho Penal", Parte General, vol. I, Editorial Universitas, p. 83). Já, no Estado Constitucional de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não tem sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse calibre representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção.

No caso da lei penal em exame, sua existência formal não obsta o reconhecimento de seu desconcerto em relação às normas substanciais que participam da formulação do modelo constitucional. Embora não se negue a gravidade de alguns dos fatos nela referidos, é flagrante o desalinho do legislador no que tange aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Antes mesmo de adotar novas medidas administrativas ou civis de largo curso ou de dar eficiência às já existentes (fétrea fiscalização, multas pesadíssimas, fechamento definitivo de laboratórios), o legislador preferiu recorrer de pronto — e de modo puramente simbólico — à exacerbação punitiva, em algumas hipóteses já previstas no Código Penal e criou, em outras, cominações, até então inexistentes, de pena cuja desproporcionalidade com a gravi-

dade do fato chega às raias do absurdo. Sob vários ângulos, portanto, a Lei nº 9.677/98, em nome de um falso eficientismo, entra em confronto com a Constituição Federal, dando mostras de que o legislador continua na sua tarefa de implodir o Código Penal, retirando-lhe o mínimo de coerência e de unidade que um sistema penal deve possuir. Como proclama Sérgio Moccia, cuja presença honra o IV Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, "legitimidade e efetividade devem atuar em conjunto, iluminadas pela idéia de que a subsidiariedade, no Estado Social de Direito, impõe o apelo ao sistema penal como extrema ratio e o respeito a todas as garantias estabelecidas. Diversamente, ainda que se consiga temporariamente reprimir um fenômeno criminal, outras ilegalidades e outras vítimas serão produzidas, com grave prejuízo para a própria democracia". "A justiça penal é um mal necessário, se ela supera os limites da necessidade, sopra apenas o mal; esta profunda verdade — que sintetiza as aspirações de um direito penal laico, liberal, mínimo, mas também racional e eficiente — representa de modo impecável uma realidade normativa e cultural que vê no respeito ao homem e às suas prerrogativas de autonomia e dignidade, num contexto de solidariedade, a realização de um comum ideal de civilização e de democracia" ("Emergenze e Difesa dei Diritti Fondamentali", in "Revista Brasileira de Ciências Criminais", no prelo).

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Lições Americanas

(JOSÉ EDUARDO FARIA)

Há alguns meses, um dos articulistas do jornal espanhol *El País* cobrou de seus colegas maior rigor ético. A iniciativa foi motivada pela crise asiática. Antes dela, empresários, economistas e líderes patronais ocupavam as "páginas de opinião" do jornal para descrever as atitudes do modelo econômico de alguns países como Cingapura, Taiwan, Coréia e Malásia e sugerir reformas institucionais nelas inspiradas. Após a crise, esse pessoal simplesmente trocou de tema. Em momento algum se discutiu o enfoque e, principalmente, a procedência de suas entusiasmadas sugestões. E, como nenhum desses articulistas se dispôs a fazer uma autocrítica, o editorialista do *El País* sentiu-se obrigado a cobrar-lhes coerência e compromisso com a verdade factual.

O mesmo problema pode ser visto com a imprensa brasileira. Durante anos se apontou o modelo asiático como paradigma para as reformas estruturais do País. Em seus artigos nas páginas de opinião, empresários, economistas e líderes de classe sempre teceram loas à produtividade, competitividade e agressividade comercial dos "tigres asiáticos", deixando de lado o autoritarismo de seus regimes políticos, a inexistência de direitos elementares, os altos níveis de corrupção e o trabalho semi-escravizado. Quando o modelo asiático desmoronou, no ano passa-

do, esses articulistas convenientemente optaram por novo tema, passando então a tratar do Direito do Trabalho e a apontar o modelo norte-americano como paradigma para a reforma de nossa legislação trabalhista.

Não há semana sem que jornais e revistas publiquem artigos atribuindo os altos níveis de desemprego na Europa à proteção jurídica dispensada aos seus trabalhadores. Denunciando "o peso excessivo dos encargos sociais". Defendendo cortes drásticos não só dos benefícios sociais e previdenciários associados ao emprego formal, como também de parcelas da própria remuneração dos trabalhadores. E enfatizando a conjugação entre a flexibilidade trabalhista norte-americana e o excepcional desempenho da economia desse país como receita para permitir a adaptação às mudanças exigidas pela globalização para resolver o desemprego.

Recentemente, meus alunos trouxeram alguns artigos escritos por um executivo com o título "Lições Americanas". Neles, o autor afirma que a inexistência nos Estados Unidos de direito a férias, salário-maternidade, seguro-saúde, descanso semanal remunerado para os horistas e indenização por tempo de serviço estimula a produtividade e a dedicação. A ausência de uma legislação trabalhista, diz, seria um dos fatores responsáveis pelo desemprego de apenas 4,6% em

1997 e por um crescimento de 4% no mesmo período. Cada pessoa tem de planejar sua vida e ter suas reservas caso deseje procriar, informa. Além de não receber nada, a parturiente ainda tem de pagar à empresa as despesas de outro funcionário, caso se ausente por mais de dez dias. Proibição de trabalho infantil? Longe disso, escreve o articulista, lembrando aos seus leitores que essa é a forma de se educar as crianças para o futuro. Não vale a pena pensar um pouco mais nessas "lições americanas"? Indaga ele.

Não, não vale. Ao menos desse modo parcial e maniqueísta. Nossa legislação trabalhista está superada, é certo, mas sua reforma não significa a negação de qualquer proteção aos trabalhadores. E as "lições americanas" não são assim tão virtuosas. Nos EUA, os mais ricos — 1% da população — detêm 35% da riqueza nacional. Como afirma o antigo secretário do Trabalho Robert Reich, as famílias de classe média não têm mais de US\$ 7 mil em ações e US\$ 12,5 mil em fundo mútuos, valores cada vez mais ameaçados por contas de hospital, pois elas não conseguem pagar os caríssimos seguros-saúde. Em 1989, 33 milhões de americanos com menos de 65 anos não contavam com esse seguro. Em 1996, já eram 41,3 milhões. Embora a economia tenha crescido, a desigualdade aumentou. Em 1989, 12,6 milhões de crianças do país viviam na pobreza. Hoje, são 14,5 milhões. A demanda por alimentos e abrigo entre os sem-teto aumenta cada vez mais. E, apesar do discurso em favor dos





direitos civis, as escolas urbanas hoje estão mais segregadas racialmente que nos anos 80.

O baixo nível de desemprego também não reverte em integração social e segurança pública. Em seu recente livro *"Crime and Punishment in America"*, o americano **Elliot Currie** informa que, nos anos 70, as prisões americanas tinham 200 mil presos. No ano passado, elas abrigavam 1,7 milhões de pessoas, sem falar nos 3,8 milhões em liberdade condicional. Em relação à população, o número de presos cresceu quatro vezes nesse período: 645 por 100 mil pessoas, uma proporção sete vezes superior à da Europa Ocidental, tão criticada por seu modelo social e suas leis trabalhistas protecionistas. O Texas, com seus 18 milhões de habitantes, tem o mesmo número de presos da Alemanha, com seus 80 milhões de habitantes. Já a Califórnia hoje gasta mais em política carcerária do que em educação superior pública. Uma em cada seis pessoas empregadas no Estado trabalha no sistema prisional. A maioria da população carcerária é formada por negros e hispânicos, trabalhadores informais e de baixa renda e, numa proporção assustadora, mulheres de famílias pobres. Desde 1980, a taxa de encarceramento de mulheres negras é superior até mesmo à dos homens brancos.

Curiosamente, a expansão da criminalidade ocorreu no mesmo período do corte dos gastos sociais, da privatização de serviços essenciais, da revogação da proteção traba-

lhista e da deslegalização dos mais variados direitos promovidos pelos governos Reagan e Bush, as grandes referências das "lições americanas". Para combater a criminalidade, os EUA vêm ampliando de tal modo o alcance do caráter repressivo de suas leis criminais que o país trocou o "Estado previdenciário" do pós-guerra por um "Estado penal". Um Estado com prioridades distorcidas, pois gasta mais com polícia e construção de novas

"Para combater a criminalidade, os EUA vêm ampliando de tal modo o alcance do caráter repressivo de suas leis criminais que o país trocou o 'Estado previdenciário' do pós-guerra por um 'Estado penal'".

prisões do que com educação e saúde, prejudicando, assim, o futuro de crianças, adolescentes e famílias pobres. Não por acaso, ao mesmo tempo em que as leis criminais se tornam mais repressivas, cresce a violência juvenil. Há dois anos, um jovem negro entre 15 e 24 anos tinha 26 mais possibilidades de morrer violentamente do que um jovem residente na França, outro país igualmente criticado pela rigidez e pelo intervencionismo de sua legislação social e trabalhista.

Nada disso está presente no discurso daqueles articulistas que, após terem passado

anos defendendo o modelo asiático, agora advogam para o modelo americano. O mesmo erro de recortar convenientemente a realidade para dela extrair apenas o que interessa está sendo cometido outra vez. Ao omitir alguns dados e apresentar outros de modo incompleto, esses articulistas quase sempre se apresentam como "resolvedores de problemas", fazendo de seus artigos libelos destinados a educar os botocudos que temem em identificar gastos sociais, direitos mínimos e proteção trabalhista como sinônimo de integração e civilidade.

Esse comportamento pretensamente iluminador permite lembrar **Hannah Arendt**, que tratou de modo exemplar as relações entre a mentira e a verdade na política. A veracidade nunca esteve entre as virtudes públicas, dizia, e as mentiras sempre foram encaradas como instrumento justificável nesse campo. O que os "resolvedores de problemas" têm em comum com os mentirosos, afirmava, é o empenho em se livrar dos fatos e a confiança em que isso seja possível. E a grande vantagem dos mentirosos, conclui, é que eles sabem de antemão o que sua platéia quer ouvir, o que os leva a preparar seus artigos com muito cuidado, para torná-los críveis.

O autor é professor titular de Sociologia e Filosofia de Direito e coordenador de pós-graduação na Faculdade de Direito da USP e professor-visitante da Universidade de Andaluzia

O Direito Penal na Contramão do Processo Globalizador

(TADEU A. DIX SILVA)

De quando em quando determinados termos alcançam um uso tão difundido, se tornam tão comuns que, de um modo geral, são aceitos sem maiores questionamentos. A globalização é um desses vocábulos; afinal, está presente nos jornais, televisão, nas conversas, no nosso dia-a-dia. É sinônimo do "novo", do "atual", do "bom". As mudanças que ocorrem no mundo contemporâneo e transformam até mesmo os hábitos e comportamentos sociais, são aceitas naturalmente se realizadas em função da globalização: quem se oporia a uma "atualização", que viesse melhorar nossas vidas?

A propagação do uso desse termo é justificada, em parte, pelo fato da globalização coincidir com o fenômeno da passagem da "antiga" sociedade industrial para a nova sociedade informacional (ou pós-industrial). O avanço tecnológico e científico — que proporcionou o enorme progresso das telecomunicações, as redes planetárias de informação e comunicação que transmitem dados à velocidade da luz, a miniaturização dos computadores, etc. — é considerado uma das características desta nova sociedade e também uma das marcas da globalização. Assim, esta palavra passa a ter mais um significado: é igualmente sinônimo da evolução da ciência e tecnologia. Consequentemente, as transformações e modelos preconizados

pela globalização são acatados como exigências inquestionáveis do desenvolvimento científico e tecnológico.

Deste modo, fica evidente que uma nova forma de sociedade, como a informacional, torna obsoleta a maior parte das instituições típicas da "era anterior". Nada mais óbvio que estas instituições sejam mudadas ou adaptadas à nova sociedade: a antiga fábrica que produzia automóveis em uma linha de montagem tradicional, por exemplo, é incompatível com a velocidade de uma outra, que trabalha com uma linha de produção robotizada e adaptada à cibernética; para não se tornar obsoleta e ser superada pela concorrência, a velha fábrica tem de sofrer mudanças estruturais e adotar os padrões típicos da globalização, ou seja, tornar-se mais eficaz, através da introdução do "novo" e "bom", que é oferecido pela ciência e tecnologia.

O mesmo se pode dizer com relação ao Estado. O modelo arquitetônico estatal foi construído tendo por base a sociedade pré-industrial, foi adaptado ao padrão societário industrial, e necessita, logicamente, sofrer as mudanças que requer a sociedade informacional: o Estado agora deve ser *mínimo*, intervir da menor forma possível na sociedade.

O Direito igualmente necessita transformar-se: os ordenamentos jurídicos mantêm ainda uma concepção herdada do Iluminis-

mo e, no caso da América Latina, foram moldados a partir de matrizes franco-romanas; perante as exigências da realidade global, são lentos, ineficazes para solucionar os novos conflitos que surgem na sociedade complexa em que vivemos. O Direito do Trabalho brasileiro, *v.g.*, foi elaborado tendo em vista a atividade laboral de quase 60 anos atrás, e não pode responder às relações trabalhistas atuais, que exigem formas de contratação mais maleáveis.

O acúmulo legislativo e a contínua promulgação de leis, normas, regulamentos, que caracterizam nossa realidade jurídica, estão em descompasso com a rapidez e agilidade que o mundo global reclama. Assim, torna-se necessária uma "desburocratização jurídica", que promova processos de deslegalização, desregulamentação, desconstitucionalização e desformalização, bem como a adoção de modelos mais flexíveis, como os da *Common Law*, ou seja, o Direito praticado nos Estados Unidos, Inglaterra e nos países que pertenciam ao antigo império britânico. Dotado de mecanismos ágeis e práticos, o sistema da *Common Law* constitui o padrão ideal para fortalecer uma reforma jurídica (empregamos esse termo para designar as reformas do Direito, do Judiciário ou dos tribunais, e a do ensino jurídico) que venha a tornar o Direito eficaz e pragmático, compatível com os tempos atuais; assim, notamos a ocorrência de reformas jurídicas em diversos países da Europa Central e do Leste, da Ásia e da América Latina — como Colômbia, Bolívia, Nicarágua, Argentina, Honduras, Costa Rica e El Salvador¹¹.

Como detecta **José Eduardo Faria**¹², as



principais tendências dessas reformulações consistem na adoção dos arquétipos da *Common Law* e em mudanças profundas nos vários ramos do Direito (como os do Trabalho, Civil, Internacional), que vão passando por processos de deslegalização, desregulamentação, desconstitucionalização e desformalização, que são exigidos pela nova visão jurídica determinada pela realidade da globalização. Outra tendência constatada é a "transformação paradigmática do Direito Penal", com a criação de novos tipos de delito, criminalização de diversas atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; relativização dos princípios da legalidade e tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos demasiadamente vagos e porosos; ampliação da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-lhes invadir esferas de responsabilidade do Judiciário. Aos promotores e juízes, *contrario sensu*, são atribuídos papéis antes reservados à investigação policial, por fim, amplia-se a redução de garantias processuais, como a supressão do caráter ilícito de meios de convicção obtidos em determinadas circunstâncias, e a objeção ao princípio da presunção de inocência, mediante a *inversão do "ônus da prova"*, passando-se a considerar culpado o cidadão que não puder provar sua inocência.

O novo perfil do Direito Penal na globalização nos apresenta um aparente paradoxo: se em todos os demais ramos do Direito assistimos aos processos que desregulam e deslegalizam, e se a globalização propugna a minimização da intervenção do Estado na solução dos conflitos, o que leva esse mesmo Estado a intervir com maior rigor nos conflitos pertencentes ao campo penal?

Para compreendermos esse paradoxo, é necessário advertir que a globalização que descrevemos até aqui, na verdade se traduz naquilo que Renato Ortiz³³ denomina *ideologia da globalização*: ela busca "a todo custo apresentar-se como solução ideal para os males atuais" — o global seria intrinsecamente "moderno", "bom", "desejável". Tudo o que não se ajusta aos seus padrões, estaria ultrapassado, seja um produto, um comportamento, seja o Estado ou o Direito. O que se convencionou denominar de "neoliberalismo", constata Ortiz, é a expressão ideológica dessas teorias, que articula os interesses dos grandes bancos, das transnacionais e, com um grau relativo de contradições, de algumas nações ou blocos, em plano mundial.

A "ideologia da globalização", que de modo implacável procura indicar modelos que solucionariam as agruras contemporâneas, revela-se inteiramente falsa: "o otimismo róseo da crença do mercado" diante das incertezas que nos rondam, se reveste apenas de valor retórico, pois não dá conta da realidade, essa afirmação pode ser constatada quando verificamos os efeitos que a adoção dos padrões preconizados pela ideologia da globalização geraram no mundo: o modelo do "Estado mínimo", que foi e está sendo adotado por vários países, tem significado, na prática, "simplesmente sua desestruturação", como nota Habermas: o Estado "está sendo demolido como consequência devastadora das políticas neoliberais que agora estão sendo aplicadas internacionalmente, inclusive nos países sul-americanos".

A realidade tem se contraposto à crença da superioridade inefável dos mercados e da primazia dos novos modelos do Direito que a ideologia das globalizações apregoa (nesse sentido, ver artigo de José E. Faria, neste *Boletim*): atualmente, das 200 maiores economias do mundo mais da metade não são de países e sim de empresas; seu montante representa mais de 1/4 da atividade econômica mundial e, apesar disso, não empregam mais que 0,75% da mão-de-obra do planeta. O desemprego na Europa — para não nos remeter aos números desalentadores dos países periféricos — atinge a quase 18 milhões de pessoas³⁴. Vemos acontecer o desemprego estrutural em todo o mundo, a erupção de máfias de estaturas colossais como a russa e o agigantamento do crime organizado (que hoje movimenta uma quantia tamanha, equivalente, segundo o Banco Mundial, ao "oitavo PIB do planeta"), a explosão do narcotráfico, tráfico de armas, a devastação ecológica... a regressão dos direitos fundamentais em geral, e particularmente dos direitos econômicos e sociais, que jamais foram reconhecidos pelos teóricos neoliberais, desde Hayek

"O acúmulo legislativo e a contínua promulgação de leis, normas, regulamentos, que caracterizam nossa realidade jurídica, estão em descompasso com a rapidez e agilidade que o mundo global reclama."

Nesse cenário infere-se qual o papel reservado para o Direito Penal pela ideologia da globalização: o de um brutal meio de controle social, que autoriza a máxima intervenção do sistema penal como meio de manutenção do *status quo*. Acontece a funcionalização e desformalização do Direito Penal (ver artigos de Tatiana V. Bicudo neste *Boletim* e na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 23, set-nov 1998), que se torna um instrumento de caráter político, que vai acabar num eficientismo que objetiva, prioritariamente, "a busca de eficácia do controle repressivo sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorporadas, há muito tempo, no patrimônio dos cidadãos", no diagnóstico de Alberto Silva Franco³⁵.

De outra angulação, frisamos que identificar a ideologia da globalização e os malefícios que resultam da aplicação prática de seus postulados, não significa negar a existência da própria globalização. Ao contrário, essa aceção no verdade encaminha nossa reflexão em outra direção, que permite reconhecer que a globalização é um processo social mundial que atravessa nações, classes sociais e indivíduos de maneira diferenciada e desigual; ela atinge todos, porém não com a mesma intensidade: diante de situações negativas, nações fortes, como os Estados Unidos ou alguns membros da União Européia dispõem de meios inexistentes em países fracos como o Brasil³⁶.

Essa postura não compreende a ideologia e processo com elementos antagônicos: a questão que ela coloca é se o neoliberalismo se constitui na única alternativa existente nesse novo contexto, e se não seria a própria globa-

lização um processo com contradições internas. Dessa perspectiva, pondera Ortiz, o planeta pode ser considerado como espaço de uma possível "sociedade civil mundial" na qual se confrontariam projetos e propostas políticas distintas, opostas ou complementares.

Nessa linha de raciocínio, devemos pensar em termos mais amplos e abrangentes, em todos os campos, pois não faz mais sentido restringir os debates à esfera do nacional e local.

Caminhando nesse sentido, Alberto Silva Franco³⁷ divisa na constituição de blocos regionais entre Estados-nação a possibilidade de formação de novas polaridades no cenário mundial, que propiciariam, a esses Estados, uma política de interligações econômicas, sociais, políticas, culturais e jurídicas, numa postura de autodefesa à ideologia de globalização.

No campo específico do Direito Penal, Silva Franco vê nos debates que acontecem no seio da União Européia objetivando a construção de um Sistema Penal supranacional, a indicação da senda a ser trilhada; a edificação desse Sistema ultrapassará a confecção — necessária — de uma legislação uniforme dos países que integram o bloco regional, para atingir determinados conceitos e categorias próprios da teoria do crime. Nessa situação, tais conceitos e categorias necessitarão harmonizar-se, e irão adquirir seu conteúdo concreto em conformidade com finalidades político-criminais do contexto regional. Em consonância com a análise de Silva Sánchez³⁸, estas finalidades "não se reduzem a meras considerações utilitaristas de eficiência, mas compreendem de modo essencial, considerações valorativas derivadas de um princípio de respeito à dignidade humana e às garantias fundamentais do indivíduo. Da relação dialética de um e de outro, haverá de surgir, sem dúvida, enunciados valorativos concretos, cuja aptidão para dotar de conteúdo as categorias sistêmicas será inquestionável".

A vista das observações até aqui formuladas, podemos inferir que a resistência por parte daqueles que não desejam acatar a "reforma jurídica" imposta pela ideologia da globalização, não pressupõe uma oposição irrestrita a qualquer transformação dos sistemas jurídico e judicial. Para não ser vitimizado por uma reforma tecnocrática voltada ao proveito da nova ordem econômica global, o sistema jurídico — aqui tomado em sentido amplo — tem de voltar-se para reformas urgentes e essenciais, norteadas pelos princípios mesmos do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais que são seu pressuposto. O Direito Penal, especificamente, deve evoluir de um Direito Penal de intervenção máxima, funcionalista e antidemocrático, para um Direito Penal mínimo e garantista, nos aspectos formais e materiais, que atenda às aspirações dos cidadãos, e não aos fundamentalismos da ideologia da globalização.

Tal mudança paradigmática no sistema penal não é uma meta utópica, mas possível de ser atingida concretamente, como está sendo efetuado nos países centrais europeus, através de alterações substanciais, iniciadas a partir da construção de um conhecimento científico que corresponda à realidade do contexto histórico e social, que propicie instrumental apto a promover uma gradativa substituição dos instrumentos penais hoje

→ existentes, eliminando-se as arbitrariedades, diminuindo a intervenção penal estatal nas relações sociais e conflitos comunitários, sempre tendo como marco as garantias constitucionais que o Direito Penal formalizado pressupõe, e em respeito absoluto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal supranacional, a partir de blocos regionais, pode vir a constituir-se na direção que esboça a edificação de um Sistema de Direito Penal mundial, universal. O que, afinal, é a meta a atingir, pois a

noção de universalidade encerra a própria ideia de justiça.

Notas

- (1) Cf. Santos, Boaventura de Souza, "The Gatt of Law and Democracy", Madison, Institute of Global Studies, University of Wisconsin, mimeo, 1997.
 (2) Faria, J. E., "As Transformações do Direito", La Coruña, mimeo, 1997.
 (3) Ortiz, R., "Um Outro Território", São Paulo, Olho D'Água, 1997.
 (4) Habermas, J., "Más Allá del Estado Nacional", Barcelona, Trotta, 1997.

- (5) Cf. Ramonet, I., "Crisis de Fin de Siglo", Barcelona Debate, 1998.
 (6) Franco, A. S., "Um Prognóstico Ousado: As Perspectivas do Direito Penal por Volta do Ano 2010", São Paulo, 1998, no prelo.
 (7) Ortiz, R., op. cit.
 (8) Franco, A. S., op. cit.
 (9) Silva Sánchez, J. M., "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", Barcelona, Bosch, 1997.

O autor é advogado, em São Paulo e mestrandu em Direito Penal na Unimep. *O presente artigo foi realizado com o apoio da Fapesp.

"Legislação à Frankenstein"

(TATIANA VIGGIANI BICUDO)

Globalização é um conceito de difícil definição, podendo significar inúmeros fenômenos com várias dimensões, dentre as quais pode-se destacar a econômica, política, social e cultural.

Importante, contudo, destacar que o fenômeno da globalização não atinge a todos os países da mesma forma, daí ser interessante a diferenciação utilizada pelo sociólogo Boaventura de Souza Santos no sentido de que ela pode ser tanto um processo hegemônico, como contra-hegemônico, se for levada em consideração a posição dos países como centrais, periféricos ou semiperiféricos.

Nesse contexto, o Brasil seria um país periférico em relação aos Estados Unidos e à Europa e, central com relação ao Paraguai e à Bolívia.

Essas diferenciações são importantes para a análise do impacto da globalização no Brasil, uma vez que, sendo considerado um País semiperiférico em relação aos Estados Unidos e à Europa, certo é que o fenômeno da globalização no Brasil é hegemônico. Ou seja, o modelo que se tenta impor à realidade brasileira, no que diz respeito aos aspectos econômico, político e jurídico, é o modelo de países como os Estados Unidos.

Neste sentido, interessante observar notícias que têm sido veiculadas na mídia, como a do jornal "O Estado de S. Paulo", no dia 20 de julho de 1998, p. A-10, no sentido da cooperação jurídica Brasil-Estados Unidos, para que os juristas brasileiros conheçam o sistema americano e tragam elementos que propiciem reformas em nosso Judiciário e em nossas legislações.

Como fundamento da adoção do modelo da "common law" situa-se o discurso do "barateamento" dos custos do processo penal e de uma maior "eficiência" no "combate à criminalidade".

Exemplo disso, são as leis de combate ao crime organizado, tanto no Brasil, quanto na Colômbia, nas quais se permite investigações ao arripio das garantias aos direitos individuais, como a participação de policiais em atividades criminosas desses grupos, a fim de se colher evidências dos crimes come-

"Esses exemplos servem para que se reflita até que ponto a flexibilização da legislação brasileira, tão enaltecida pelos juristas americanos, não colocará em risco o sistema penal garantístico existente no Brasil..."

tidos por essas organizações; as testemunhas "sem face", que serão tidas como prova suficiente à condenação de pessoas envolvidas em criminalidade organizada. Outro exemplo dessa tendência é a recém-editada Lei nº 9.613/98, que visa ao combate da "lavagem de dinheiro", que prevê a inversão do ônus da prova, para a liberação de bens cautelarmente apreendidos e seqüestrados com base em provável suspeita de serem produto de ilícito penal. Ou seja, o suspeito tem que comprovar a licitude de seus bens cautelarmente

apreendidos ou seqüestrados, a fim de liberá-los, nos termos do § 2º do art. 4 desta lei.

Em nível dos delitos de menor gravidade e, ainda, tendo em vista o custo do processo penal, as legislações penais e processuais penais, tais como a Lei nº 9.099/95, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitem o acordo e conciliação, figuras importadas do Direito anglo-saxão. Aqui, também, ferem-se princípios constitucionais fundamentais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juizes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito Penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos "partners" para o acordo); princípio inquisitório (porque o "grande achado" do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); "nemo tenetur se ipsum accusare" (porque só faz sentido participar da conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado, pouco capaz de cooperar, seja por esta razão mesmo tratado com maior rigor).

Esses exemplos servem para que se reflita até que ponto a flexibilização da legislação brasileira, tão enaltecida pelos juristas americanos, não colocará em risco o sistema penal garantístico existente no Brasil e se a adoção de figuras existentes na "common law" pode se compatibilizar com o nosso sistema penal e processual penal, ou será a criação de mais um Frankenstein.

A autora é promotora de justiça em São Paulo e mestrandu em Sociologia do Direito na Faculdade de Direito da USP.

Princípios Penais de Garantia e a Nova Lei Ambiental

(LUIZ REGIS PRADO)

É cediço que o escopo imediato do Direito Penal contemporâneo reside na proteção de bens jurídicos — sejam esses de caráter individual ou coletivo. Isso vale dizer: não há infração penal sem lesão a um bem jurídico. Todavia, essa função primeira deverá nortear-se por determinados princípios penais fundamentais, dentre os quais se

destacam o princípio da liberdade e dignidade da pessoa humana — *enformador* de todos os demais —, da reserva legal, da culpabilidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da proporcionalidade, da insignificância e da personalidade e individualização da pena, entre outros. Desse modo, faz-se mister que qualquer intervenção legislativa

em matéria penal se encontre sempre alicerçada nesses princípios de garantia, verdadeiros pilares edificadores de um Estado de Direito democrático e social.

O ambiente ecologicamente equilibrado é, sem dúvida, um bem jurídico-penal portador de substancialidade própria, erigido pelo texto constitucional como direito fundamental da pessoa humana (art. 225, CF). Estampado na Constituição Federal — ponto jurídico-político de referência obrigatória em tema de injusto penal — como valor digno de tutela, a efetiva proteção do ambiente exige a observância das linhas mestras já mencio-

nadas, que figuram como limites infranqueáveis à atividade punitiva do Estado (cf. **Luiz Regis Prado**, "Bem Jurídica-Penal e Constituição", pp. 65 e segs., SP, RT, 1997).

Não obstante, verifica-se que vários dos dispositivos da recente Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente) colidem frontalmente com essas regras garantistas, o que compromete sobremaneira sua legitimidade e eficácia. É isso porque, antes de considerar diretivas de natureza exclusivamente ambiental (v.g., prevenção e reparação do dano ambiental) deveria o legislador na tutela penal do ambiente se preocupar em respeitar, de modo estrito, os postulados acima gizados. A norma constitucional — hierarquicamente superior — cabe assegurar a unidade material de sentido da legislação ordinária subjacente, que não pode ser de forma alguma elaborada sem tomar em consideração tais linhas substanciais prioritárias. O legislador infraconstitucional, a pretexto de garantir o bem jurídico ambiente, ignorou os referidos critérios basilares, que se consubstanciam em esteio da ordem política e da paz social. Embora reconhecida a magnitude social do ambiente enquanto bem jurídico autônomo, sua proteção penal deveria ter-se efetuado em total consonância com os preceitos de garantia epigrafados no texto magno.

De fato, a lei dos crimes ambientais é pontilhada por violações às mais elementares diretrizes constitucionais penais. Afronta-se o princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP), sobretudo na sua vertente *taxatividade/determinação*, em vários dos tipos penais albergados na Lei nº 9.605/98. Com efeito, o legislador de 1998 é pródigo no emprego de conceitos amplos e indeterminados — permeados, em grande parte, por impropriedades linguísticas, técnicas e lógicas —, o que contrasta com o imperativo inafastável de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas. Nessa trilha, é de acentuar-se que a previsão de modalidade culposa para a conduta ancorada no art. 40 — causar dano direto ou indireto a unidade de conservação — denota sensível enfraquecimento da função de garantia do tipo penal, já que a noção de *dano indireto culposo* é altamente nebulosa (**Luiz Regis Prado**, "Crimes Contra o Ambiente", SP, RT, no prelo). De semelhante, a incriminação prevista no art. 68 vale-se de termos imprecisos, conferindo ao intérprete vasta margem de discricionariedade (o que se entende por "*obrigação de relevante interesse ambiental*").

Também o tipo legal do art. 54, *caput*, revela-se de grande amplitude, e incerteza, com cláusulas normativas de cunho valorativo, que estão sobre quem das exigências do princípio da legalidade (v.g., poluição "de qualquer natureza", "em níveis tais", destruição "significativa"), e que, aliás, ocasionou a revogação tácita de vários dos preceitos que outrora disciplinavam a matéria (arts. 270, 1ª parte, 252 e 271, CP; art. 38, LCP e art. 15, Lei nº 6.938/81).

A propósito, recentemente, o Decreto nº 2.661/98, ao traçar normas de precaução relativas ao emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais, determina que o descumprimento dos preceitos que o inte-

gram, bem como das exigências e condições instituídas em razão da aplicação de suas normas, "sujeitará o infrator às penalidades previstas nos artigos 14 e 15 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998". O fato de esse dispositivo reportar-se a artigo claramente revogado nada significará se comparado ao seu conteúdo de atentado ao princípio da legalidade — que sanciona para a matéria penal uma reserva *absoluta* de lei —, posto que criminaliza toda a matéria contida no citado diploma. Cuida-se, portanto (art. 25 do Decreto nº 2.661/98), de norma inconstitucional.

Convém destacar, nesse passo, que a nova lei dos crimes ambientais é marcada por seu caráter altamente criminalizador e, ao mesmo tempo, por uma ligação por demais estreita com a disciplina administrativa. Desse entrecruzamento resulta que foram erigidos à categoria de delitos numerosos comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou de contravenções penais. Exemplos emblemáticos dessa clara violação aos postulados da intervenção mínima e da fragmentariedade são os arts. 30, 34, 42, 44, 49, 52 e 60 da Lei nº 9.605/98, dentre outros. Assim, o tipo insculpido no art. 49 não

"A lei dos crimes ambientais é pontilhada por violações às mais elementares diretrizes constitucionais penais. Afronta-se o princípio da legalidade dos delitos e das penas."

deveria passar — quando muito — de infração administrativa. Há evidente e inconcebível exagero do legislador, que chega ao ponto de criminalizar, por exemplo, o dano *culposo* provocado em uma planta ornamental (v.g., tulipa, orquídea) em lugar público ou privado, o que em muito contribui para a ineficácia da tutela penal da flora.

Insta acentuar, por oportuno, que a intervenção penal em matéria ambiental deve cingir-se, *prima facie*, a uma função subsidiária da disciplina administrativa. A sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, o que significa que apenas as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico devem ser tipificadas (cf. **Luiz Regis Prado**, "Direito Penal Ambiental", pp. 52 e segs., SP, RT, 1992).

Sobreleva registrar, ainda, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, enunciada pela Lei nº 9.605/98 (art. 3º), constitui exemplo claro de responsabilidade penal objetiva, incompatível com os rígidos ditames dos princípios constitucionais penais (v.g., personalidade das penas, da culpabilidade, da intervenção mínima) que regem o ordenamento jurídico pátrio. Demais disso, a ausência de indicação taxativa de quais delitos são passíveis de serem imputados ao ente coletivo configura flagrante transgressão ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (cf. **Luiz Regis Prado**, "Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica", **Boletim IBCCrim** 65/02).

Ainda nessa trilha, cabe salientar que em

muitos de seus dispositivos a Lei nº 9.605/98 não obedece à necessária relação de proporcionalidade entre a sanção penal cominada e a magnitude da lesão ao bem jurídico, representada pelo injusto penal. Corroborando essa afirmação, é de observar-se que a produção de qualquer dano — ainda que *indireto* — em Unidade de Conservação é punida com pena de *reclusão*, de *um a cinco anos* (art. 40, *caput*), enquanto que a completa destruição de *floresta nativa*, por exemplo, prevê pena de *detenção*, de *três meses a um ano*, e multa (art. 50). Agregue-se, à guisa de exemplo, que a pena abstratamente prevista para a conduta de penetrar em floresta de preservação permanente conduzindo instrumento próprio para exploração de produto florestal (art. 52) — a saber, detenção, de seis meses a um ano — em nada difere daquela cominada para a efetiva extração de areia ou cal da mencionada floresta (art. 44) — conduta essa sabidamente geradora de graves desequilíbrios ecológicos. Ademais, no âmbito dos crimes contra a fauna, tem-se que se o agente exporta, sem autorização, peles e couros de anfíbios e répteis em-bruto, incorrerá nas penas do art. 30 — a saber, *reclusão*, de *um a três anos*, e multa. Entretanto, se exporta produtos e objetos oriundos dos citados exemplares da fauna (bolsas confeccionadas com couro de réptil, por exemplo), sem a devida licença, permissão ou autorização, sua conduta será sancionada com *detenção*, de *seis meses a um ano*, e multa (art. 29, § 1º, III).

É de notar, ademais, que não andou bem o legislador de 1998 ao incluir a matéria nuclear no âmbito dos delitos contra o meio ambiente de modo genérico (arts. 55, 56 e 67). Na verdade, os delitos relativos à energia nuclear, pela sua grande especificidade e pela extrema gravidade que encerram — com atentados a bens jurídicos fundamentais, como vida, saúde pública, integridade corporal e ambiente —, ficariam melhor se alocados em lei específica, já que exigem também proporcionalmente ao desvalor da ação e do resultado uma sanção penal mais severa.

Frise-se, destarte, que em lugar do clássico e lacônico "revogam-se as disposições em contrário" (art. 82), deveria o legislador ter indicado expressamente a matéria objeto de revogação — mormente em sede ambiental, dada a enorme quantidade de leis esparsas —, em nome dos princípios da codificação e da segurança jurídica. Assim, seriam afastados posicionamentos doutrinários díspares a respeito da vigência de determinados dispositivos.

De resto, e para remate dessa breve digressão, é impressionante constatar a facilidade com que o legislador brasileiro transgride princípios elementares, verdadeiros pontos nodulares do Estado de Direito, em seu afã (inglório!) de querer tudo solucionar pela via criminal.

O autor é professor titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá (PR), pós-doutorando em Direito Penal pelas Universidades de Saragoça (Espanha) e Estrasburgo (França) e membro do Ministério Público do Paraná.

Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal

(DAMÁSIO E. DE JESUS)

A evolução social nos últimos anos é um importante fator determinante de significativas mudanças no Estado brasileiro. O rápido processo evolutivo de nossa sociedade, revelado pelo fortalecimento da democracia e pela inserção do Brasil no cenário das nações em franco desenvolvimento, determinou a necessidade de reformulação de nosso perfil estatal. Ao lado dessa evolução social, vivemos em processo de reafirmação das conquistas democráticas e a consolidação de uma economia moderna, de caráter transnacional. O próprio desenvolvimento científico e tecnológico dos últimos anos, em diferentes campos (Medicina, Genética, Informática, Comunicações, etc.), influenciaram diretamente as mudanças nas concepções sociais que definem a nação brasileira. Não sem motivo, presenciámos ao nascimento jurídico de um novo Estado em 1988, por intermédio da promulgação de uma nova Constituição. A partir desse marco, muitas mudanças foram implementadas, de maneira que, na atualidade, o Brasil de hoje busca ajustar-se à realidade moderna em todos os sentidos. É nada mais fundamental do que a legislação penal de um país. Ela reflete o pensamento político-social de um povo, sua concepção de liberdade e respeito aos direitos fundamentais do homem. Observando o panorama que nos cerca, concluiremos que a reforma do sistema penal é um dado inevitável e necessário ao ajuste do Estado ao quadro social moderno.

Foi a incontornável necessidade de reformular nosso estatuto jurídico punitivo que conduziu à elaboração do Anteprojeto de Código Penal de 1998. O texto é, antes de mais nada, a síntese de uma demanda social e histórica, que culminou em insuperável necessidade de repensar o sistema punitivo. Outro aspecto a ser salientado reside em que esse processo de reforma deita raízes em iniciativas passadas, sendo fruto de lento amadurecimento. Na verdade, a atual Comissão de Revisão da reforma do texto legal vigente está dando seguimento ao trabalho e aos projetos de reforma que lançam fundamentos em antigas propostas. Aliás, já em 1961, o presidente **Jânio Quadros** teve a primeira iniciativa de reformulá-lo, incumbindo de fazê-lo o ministro **Nelson Hungria**. Apresentado o Anteprojeto em 1963, foi promulgado em 1969 para vigorar a partir de 1970. Houve sucessivas prorrogações da *vacatio legis*, sendo afinal revogado em 1978. Em 1980, o ministro da Justiça **Ibrahim Abi Aekel** constituiu Comissão presidida por **Francisco de Assis Toledo** a fim de rever a Parte Geral. Acabou transformado na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. O mesmo ministro formou outra Comissão, agora para rever a Parte Especial, com o mesmo presidente. Tendo se afastado por razões particulares, foi substituído por **Luiz Vicente Cernicchiaro**. Concluído o trabalho e publicado, recebeu numerosas contribuições da sociedade. Após, foi

repblicado, depois de revisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Mais tarde, o ministro da Justiça **Maurício Corrêa** tentou levar avante o Projeto de atualização. A Comissão encerrou os trabalhos, que receberam o título Esboço de Anteprojeto do Código Penal - Parte Especial. Mais uma vez a sucessão presidencial, mudando o titular da Pasta da Justiça, interrompeu os trabalhos. O ministro **Alexandre Dupeyrat** não ordenou a publicação para conhecimento da sociedade. Em seguida, o ministro **Íris Rezende** acolheu a idéia e, no final de 1997, constituiu Comissão de Reforma do Código Penal - Parte Especial, com indicação de Consultores.

"O texto é, antes de mais nada, a síntese de uma demanda social e histórica, que culminou em insuperável necessidade de repensar o sistema punitivo."

Chegamos às comissões de 1998 (Comissão de Reforma e Comissão Revisora), que passaram a trabalhar em anteprojeto que revela uma faceta aglutinadora de esforços e experiências, respeitando e dando atenção ao processo de evolução social. Outro aspecto importante do anteprojeto, e dos trabalhos desenvolvidos até o momento, é seu perfil democrático. Consciente de que nenhuma mudança legislativa pode ser plasmada na lei sem que reflita necessariamente o pensamento e as demandas populares, a Comissão de Reforma baseou ao máximo ouvir e consultar diferentes segmentos de nossa sociedade civil, sempre aberta a sugestões e críticas. As sessões de trabalho estiveram à disposição da sociedade, contando com a intervenção de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Nacional de Proteção dos Direitos da Mulher, a CNBB, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e tantos outros grupos organizados, que tiveram oportunidade de influir no processo de confecção do texto. Em razão do interesse nacional, houve, pois, ampla e democrática publicidade.

Fundamentalmente, a Comissão de Reforma trabalhou durante meses sobre o denominado Projeto Lins e Silva, recebendo durante o período a visita de diversas entidades civis e recolhendo inúmeras sugestões e propostas de mudanças sobre praticamente todo o texto, que centrou-se na Parte Especial (entendeu-se que a Parte Geral, alterada em 1984, não devia ser modificada no momento).

Em 31 de agosto de 1998 chegou ao final o período de consultas e remessa de sugestões (mais de 2.000), marcando o início de mais uma fase nos trabalhos de reforma, agora nas mãos da Comissão Revisora. Será, portanto, sobre o farto material que aportou

à Comissão, respeitado o trabalho e esforço vertido por antigas comissões e projetos, que a Comissão Revisora irá trabalhar a partir de setembro de 1998, dando seguimento a um harmônico processo de confecção legislativa. Serão analisados todos os aspectos do texto, incluindo uma revisão da proporcionalidade e adequação das penas, bem como do perfil definitivo de cada figura penal.

O perfil do anteprojeto é moderno. Estruturalmente, foi mantida a divisão em títulos, conforme a objetividade jurídica, subdivididos para atender a particularidades. Procurou-se conservar e introduzir tipos de infrações penais relativas a fatos conhecidos na extensão normativa, remetendo-se a legislação especial a disciplina de ilícitos correspondentes a institutos ainda em formação (como os crimes contra a ordem econômica e financeira, contra o meio ambiente, contra o patrimônio genético, os delitos relacionados à Informática e a lavagem de dinheiro).

Alguns pontos e avanços merecem menção. A vida, enquanto um valor fundamental do ser humano, foi tratada de acordo com os conceitos da modernidade. A eutanásia é disciplinada como causa de diminuição de pena, dado o sujeito agir por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave. Por outro lado, fica excluída a ilicitude da conduta de quem, em circunstâncias especificadas, "deixa de manter a vida de alguém por meio artificial, quando a morte for iminente e inevitável". Foi adotada a figura da chamada ortotanásia.

A questão do aborto foi enfrentada, tendo sido acolhida a sugestão de ampliação da extensão das hipóteses de aborto legal. E mantido o chamado aborto necessário, dando-se nova redação ao aborto ético. O texto menciona, além do estupro, "violação da liberdade sexual, ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida". Além disso, prevê a hipótese de quando houver "fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais". Ad cautelam, "deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro" (além da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro).

Importantes referências ao respeito da preservação da vida e da saúde não foram esquecidas, acentuando o caráter preventivo do texto, tais como o novo tratamento do crime de perigo de contágio de doença grave (para incluir os mais recentes tipos de enfermidades).

Ao lado desses temas fundamentais figuram novidades e reformulações, tais como: especial proteção à intimidade; contemplação das pessoas jurídicas como objeto de tutela específica nos crimes contra a honra; proteção da liberdade individual, segundo Convenções Internacionais (sobretudo na redução a condição análoga à de escravo); nova visão no tratamento da dignidade sexual (tendo inclusive um cuidado especial no tratamento da proporcionalidade e individualização das penas, bem como na previsão do assédio sexual); maior proteção à sexualidade infantil (visando combater o abuso

→ sexual de menores); oposição aos atos de exploração sexual (repúdio ao lenocínio e tráfico de pessoas); atribuição do poder de disponibilidade sobre a ação penal nos crimes contra o patrimônio (v.g., no furto), tudo dentro de uma concepção moderna de prestígio ao princípio da mínima intervenção; consideração do furto de pequeno valor; tratamento dos crimes patrimoniais violentos (principalmente o latrocínio) sujeitos a especial atenção repressiva; novo perfil do crime de quadrilha ou bando (mais completo e transnacional), etc. A Administração Pública recebeu tutela especial, que vai desde os crimes contra a fé pública até a proteção

especial da máquina estatal (como na criação do tipo subsidiário da improbidade administrativa). Por fim, destaca-se a proteção genérica da humanidade, preocupando-se com o genocídio, a tortura, o desaparecimento de pessoas e o terrorismo.

Estes são o perfil do anteprojeto e o contexto em que está inserido.

A Comissão Revisora não se sente dona da verdade. Sabe ouvir os bons conselhos. Está atenta às sugestões dos doutos. Lê e estuda os princípios que a doutrina, nos últimos anos, vem recomendando para a reforma da Parte Especial do Código Penal. A título de lembrança, membros da Comissão estarão atentos a um memorável trabalho, fruto da finura de um jurista, **Alberto Silva**

Franco. "A reforma da Parte Especial do Código Penal: propostas preliminares" (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, jul-set. 1993, p. 68).

O ideal reformador está em marcha, buscando as melhores soluções e a construção de um texto legal de consenso, que respeite o pensamento da sociedade e atenda às necessidades e desafios da vida moderna. Espera-se que o novo diploma legal consiga alcançar um alto nível de consenso e possibilite o aperfeiçoamento da paz social.

O autor é procurador de justiça aposentado.

O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal

(ANDRÉ LUIZ CALLEGARI)

Atualmente existe acordo nos mais diversos setores da doutrina em proclamar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Tudo parece indicar que a tendência que se considera desejável para o Direito Penal do presente e do futuro é a sua progressiva restrição¹⁾. Isso enlaçaria com a tradição liberal que arranca de **Beccaria** e que postula a humanização do Direito Penal: parte-se da idéia que a intervenção penal supõe uma intromissão do Estado na esfera da liberdade do cidadão, que somente resulta tolerável quando é estritamente necessária — inevitável — para a proteção desse mesmo cidadão. Depois disso se encontra a convicção de que é preciso defender ao cidadão do poder coativo do Estado²⁾.

É evidente a coerência do princípio de intervenção mínima do Direito Penal com uma colocação liberal ou neoliberal. No entanto, deve-se indagar se é igualmente compatível dito princípio com a concepção atualmente dominante do Estado social intervencionista³⁾. Ao tempo que, em maior ou menor medida, habitua-se a considerar positiva uma intervenção assistencial, de amparo e de fomento por parte do Estado, sentimos resistência ante a atividade repressiva do mesmo⁴⁾. Não há nisso contradição alguma: a admissão de um Estado social, que intervém para procurar bem estar aos cidadãos, não obriga postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão mais além do imprescindível para sua própria proteção. Ao contrário, em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos⁵⁾.

Ainda que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal seja perfeitamente congruente com um Estado social corretamente entendido, a dinâmica própria do intervencionismo que o caracteriza carrega o perigo de comprometer a realização efetiva daquele princípio⁶⁾.

O perigo é duplo. Por uma parte, um Estado intervencionista pode cair na tentação de utilizar o Direito Penal como apoio de

uma política de governo determinada. É este o perigo mais intolerável, que tende a maximalização do poder público. Por outra parte, o Estado social pode confundir a necessidade de favorecer determinados interesses coletivos, difundidos entre amplas camadas da população, com a conveniência de uma intervenção penal para prevenir seu ataque. A bondade de uma ação do governo para a coletividade não justifica, sem mais, que busque o apoio em uma arma tão lesiva como o Direito Penal⁷⁾.

A legislação previdenciária e tributária na esfera penal constituem dois exemplos da utilização da intervenção penal a serviço de uma política conjuntural determinada. Por outro lado, as crescentes reformas setoriais da legislação penal ampliam cada vez mais a intervenção em âmbito de interesses coletivos. Nesse tópico, pode-se constatar que nas mais diversas leis que são aprovadas, sempre há algum tipo penal introduzido nelas, é dizer, o legislador busca de qualquer maneira um reforço penal.

Não se trata de discutir a importância social dos interesses referidos nem tampouco a necessidade de uma proteção jurídica eficaz dos mesmos. Mas importa destacar que por esta via se está produzindo uma tendência à ampliação do Direito Penal que se contrapõe ao programa de despenalização progressiva que em outras matérias se propugna em nome do princípio da intervenção mínima do Direito Penal⁸⁾. Poderia suceder que, ao mesmo tempo que se postula um Direito Penal mínimo e se advoga por uma progressiva abolição e substituição da pena, se esteja abonando uma importante tendência de sentido inverso. Convém chamar a atenção do fenômeno e refletir sobre os critérios que orientam o legislador na decisão de se determinar matéria "nova" exige — em princípio indesejável — intervenção penal⁹⁾.

O problema manifestou-se na Itália, cuja doutrina penal pode comprovar os riscos de uma inflação penal produto de uma posição que viu na intervenção penal uma arma tentadora para sair ao passo de situações de emergência e de aparecimento de novos conflitos.

Nessa segunda posição pode incluir-se a proteção penal de interesses coletivos como os mencionados anteriormente, que **Galgano** considera inscritos num "Direito Penal da economia" manifestado em três posições¹⁰⁾:

a) um Direito Penal de produção de riqueza, destinado a tutela do meio ambiente e da saúde;

b) um Direito Penal da circulação da riqueza que se manifesta no âmbito da criação de delitos monetários;

c) um Direito Penal financeiro, relativo a evasão fiscal.

No Brasil, adota-se posição semelhante com uma crescente inflação legislativa nessa área. Ocorre que não se discute a relevância dos interesses protegidos, até mesmo porque muitos deles encontram-se constitucionalmente previstos. O que se pergunta é se a técnica de tutela penal adotada é adequada ao objetivo: se verdadeiramente se dá vida a um Direito Penal da economia, ou melhor — e esta será a resposta —, a um Direito administrativo da economia penalmente sancionado. Há dispositivos penais nitidamente de caráter civil ou administrativo, que buscam a arrecadação por parte do Estado com a ameaça de pena.

A intenção de regular a economia mediante a intervenção penal seguramente se encontra destinada ao fracasso. Sem modificações profundas do sistema econômico, a lei penal, que raramente se aplicará neste âmbito, pode acabar convertendo-se em limitação ideológica, ou em armas politicamente utilizáveis em determinadas conjunturas.

Um dos exemplos, dentre vários que podemos citar, são os delitos previdenciários ou a evasão fiscal em que a ameaça penal pode influenciar em pequenos comerciantes ou microempresários. Pode-se dizer até mais, a grande maioria dos processos que tramitam nas Varas Criminais atingem tão somente o pequeno e o médio empresário, portanto, falha de qualquer maneira a intervenção penal.

Sem uma reforma profunda da complexa organização econômica e da tributação existente se perpetuará a evasão fiscal das grandes empresas, recaindo a lei penal sobre o pequeno e médio empresário.

Devemos evitar cair na tentação de estender ao Direito Penal o papel promocional que corresponde a outros setores do Direito em um Estado social. É exatamente contrária a





aspiração da intervenção mínima do Direito Penal aquela posição que considera este ramo do Direito como idóneo para resolver os principais problemas de uma sociedade em crise.

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal choca, por outra parte, com a tendência que se adverte na atualidade a uma atualização do Direito Penal como instrumento meramente sancionador, de apoio de normas não penais. É que hoje em dia o Direito Penal tende a insinuar-se por qualquer lugar, a converter-se cada vez mais em simples sancionador da violação de normas de outra natureza: civil, mercantil, administrativa. Esta tendência se traduz na proliferação do Direito Penal — alguns dizem em sua "prostituição"⁽¹¹⁾. Veja-se, por exemplo, alguns fatos que têm natureza civil, como a dívida do empresário com a Previdência e, no entanto, recebem uma sanção penal, contrariando a própria Constituição. Assim, o novo Código de Trânsito, que além de pesadas sanções administrativas procura reforçar a sua eficácia com normas de cunho penal, ultrapassando, até mesmo, os limites do próprio CP⁽¹²⁾.

A política criminal "moderna" nesse sentido está claramente caracterizada. Não opera, como até algum tempo atrás, com a descriminalização e a atenuação das penas, senão com a nova criminalização e agravamento das penas⁽¹³⁾. Concentra-se nos tipos e ameaças penais e não nas consequências do Direito Penal. Ocupa os campos que hoje constituem centros de risco na percepção pública: meio ambiente, economia, impostos, drogas, processamento de dados⁽¹⁴⁾. Não se orienta já aos bens jurídicos clássicos concretos do indivíduo (vida, saúde, liberdade, etc.), senão a bens jurídicos em geral, que ademais, descrevem de forma tão ampla e vaga que se pode justificar com eles qualquer ameaça penal: proteção do "bem estar" do homem, saúde pública, capacidade de funcionamento do mercado de capital, fomento estatal da economia ou processamento de dados na economia e na administração⁽¹⁵⁾.

O Estado instrumentaliza a proteção destes bens jurídicos não através do tipo de delitos de dano ou lesão (entre cujos pressupostos de punibilidade está a comprovação de um dano concreto e sua causação pelo imputado), senão por meio dos delitos de perigo (geralmente abstrato) para os quais é suficiente com a comprovação de uma ação (que o legislador proibiu como perigosa)⁽¹⁶⁾.

Esta política tem como fundamento a idéia de que o Direito Penal é um instrumento normativamente aceitável e realmente efetivo de condução e contracondução, um meio mais de política interna (segurança, saúde, economia, etc.). Esta idéia afastou das tradicionais descrições de objetivos: o Direito Penal deve proporcionar proteção jurídica e garantir as liberdades justamente também para quem viola o Direito; politicamente somente pode ser utilizado de forma subsidiária como *ultima ratio*, e deve limitar-se a umas lesões realmente graves⁽¹⁷⁾. Esta política superou ou reprimiu a dúvida que sempre acompanhou "as mãos torpes" do sistema penal da desconfiança frente a potência do Direito Penal para a solução dos conflitos sociais: seus instrumentos de coação, em uma aplicação extensa, seriam desproporci-

onais e contraproducentes devido aos mandatos de determinação (art. 103, II, GG; I, StGB), seria pouco flexível, devido ao "Direito Penal do fato": ficaria fora de uma prevenção efetiva, devido ao princípio da culpabilidade e estaria concentrado nas pessoas, em lugar das grandes organizações ou nas "grandes situações"⁽¹⁸⁾.

A política criminal atual percebe plenamente estes problemas. Mas não responde a eles tomando consciência de que um Direito Penal fiel a seus princípios não pode cumprir com as funções que lhe atribuem de repressão e condução eficiente da violência, senão, antes bem, com a decisão de relaxar a força vinculante destes princípios de Direito Penal: reduzir ao mínimo os pressupostos da punibilidade mediante a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato, facilitar os pressupostos da imputação ou agravar os meios de coação. A consequência desse processo, certamente, como já se pode ver, não é que o sistema penal assim equipado se encontre em condições de cumprir suas novas funções⁽¹⁹⁾.

"Em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos."

A consequência é que estes âmbitos de Direito Penal "eficiente" estão permanentemente acompanhados de "déficits de execução" específicos, reprovados por todos. Disso se segue, novamente, duas coisas: a intenção curta ou pequena de minimizar esses déficits com mais agravações e um âmbito crescente de efeitos meramente simbólicos do Direito Penal, dado que não se pode esperar os efeitos reais e afirmados, o legislador pelo menos obtém o crédito político de haver respondido com celeridade aos meios e grandes perturbações sociais com os severos meios do Direito Penal⁽²⁰⁾.

A razão por que se estima que só se deve recorrer ao Direito Penal quando, frente a conduta danosa de que se trate, fracassou o emprego de outros instrumentos sociopolíticos, radica em que o castigo penal põe em perigo a existência social do afetado, colocando-o à margem da sociedade e, com isso, se produz também um dano social⁽²¹⁾. Por tudo isso deve-se preferir às penas todas aquelas medidas que possam evitar uma alteração da vida em comum e que tenham para o afetado consequências menos negativas⁽²²⁾.

Essa idéia normalmente expressa-se com a fórmula de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* da política social. O Direito Penal é subsidiário a respeito das demais possibilidades de regulação dos conflitos, é dizer, só se deve recorrer a ele quando todos os demais instrumentos extrapenais fracassam⁽²³⁾.

Também esse princípio pôde fundamentar-se desde a teoria do Estado; os cidadãos atribuem ao Estado tanto poder como resulte necessário para assegurar a vida pacífica em comum e a liberdade do cidadão pode ser afetada somente na medida em que resulte estritamente necessário

para alcançar a mencionada meta⁽²⁴⁾.

Agora, como a avaliação da eficácia das medidas sociais normalmente resulta discutível, para a solução da pergunta de se devemos castigar uma conduta socialmente danosa ou não, concede-se ao legislador um certo marco de liberdade de decisão⁽²⁵⁾.

Em síntese, pode-se dizer que o Direito Penal serve subsidiariamente a proteção dos bens jurídicos e que sua existência se justifica exclusivamente quando a convivência pacífica dos cidadãos pode garantir-se tão somente com o recurso a culminar com uma pena a conduta socialmente danosa. Esta justificação se deriva da finalidade do Estado, cujo poder se fundamenta, a sua vez, na vontade do povo manifestada nas urnas⁽²⁶⁾.

Ademais, como marco de intervenção do Direito Penal, deve-se levar em conta a Constituição Federal, todo dispositivo penal posto na lei ordinária que seja contrário à Constituição não deve ser aplicado, posto que a Lei Maior é a garantia máxima do cidadão. O professor **Bernardo Feijóo** advertiu que a interpretação funcional do Direito positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional⁽²⁷⁾. É dizer, se deve partir metodologicamente da existência de um sistema político e social com uma mínima legitimidade constitucional e no marco desse sistema constitucional é onde se deve ter em conta a função do Direito Penal⁽²⁸⁾.

Notas

⁽¹⁾ Mir Puig, Santiago. "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho", Editorial Ariel, 1994, p. 151.

⁽²⁾ Ob. cit., p. 151.

⁽³⁾ Ob. cit., p. 151.

⁽⁴⁾ Ob. cit., p. 151.

⁽⁵⁾ Ob. cit., pp. 151/152.

⁽⁶⁾ Ob. cit., p. 152.

⁽⁷⁾ Ob. cit., p. 152.

⁽⁸⁾ Ob. cit., p. 152.

⁽⁹⁾ Ob. cit., p. 152/153.

⁽¹⁰⁾ Ob. cit., p. 153.

⁽¹¹⁾ Ob. cit., p. 154.

⁽¹²⁾ Nesse tópico, verifica-se que a pena da lesão corporal culposa no Código de Trânsito é maior que a lesão corporal culposa prevista no Código Penal.

⁽¹³⁾ Hassemer, Winfried. "Crítica al Derecho Penal de Hoy", traducción de Patricia S. Ziffer, AD-HOC, 1995, p. 58.

⁽¹⁴⁾ Ob. cit., p. 58.

⁽¹⁵⁾ Ob. cit., p. 58.

⁽¹⁶⁾ Ob. cit., p. 59.

⁽¹⁷⁾ Ob. cit., p. 59.

⁽¹⁸⁾ Ob. cit., p. 59.

⁽¹⁹⁾ Ob. cit., p. 60.

⁽²⁰⁾ Ob. cit., p. 60.

⁽²¹⁾ Roxin, Claus e outros, "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal", traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Editorial Ariel, 1989, p. 23.

⁽²²⁾ Ob. cit., p. 23.

⁽²³⁾ Ob. cit., p. 23.

⁽²⁴⁾ Ob. cit., p. 23.

⁽²⁵⁾ Ob. cit., p. 23.

⁽²⁶⁾ Ob. cit., p. 23/24.

⁽²⁷⁾ Feijóo Sanchez, Bernardo. "El Injusto Penal y su Prevención Ante el Nuevo Código Penal de 1995", Editorial Colex, 1997, p. 27.

⁽²⁸⁾ Ob. cit., p. 27.

O autor é advogado em Porto Alegre (RS), doutorando em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid e professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Art. 366 do CPP e Lei de Lavagem de Capitais

(LUIZ FLÁVIO GOMES)

A proibição contida no art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, de não aplicação do art. 366 do CPP para os crimes de lavagem de capitais, é absurda e inconstitucional (v. no mesmo sentido, **Damásio E. de Jesus**, artigo a ser publicado em breve no **Boletim IBCCrim**). É flagrantemente contraditória, ademais, com o disposto no art. 4º, § 3º, da mesma lei. Revela, nesse ponto, altíssimo despreparo técnico e jurídico do legislador, que legisla, cada vez mais freqüentemente, sob a égide da emocional *law and order* (v. **Alberto Silva Franco**, "**Crimes Hediondos**"), produzindo o que se denomina Direito Penal "simbólico" (v. **Alberto Zacharias Toron**, "**Crimes Hediondos**").

Da inconstitucionalidade da proibição: cuida referido artigo (366), como sabemos, da suspensão do processo decorrente da citação por edital, desde que o acusado desaparecido não compareça nem constitua advogado. A garantia de ser informado o acusado do inteiro teor da peça acusatória é imposterável (v. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, que tem *status* constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF). Todos têm esse direito. Faz parte da ampla defesa. É garantia constitucional, logo, integra a parte rígida do princípio do devido processo penal. Não pode, em consequência, ser suprimida pelo legislador infraconstitucional. Conclusão: o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/98 é mais um exemplo de lei que é um "não-direito", de desconhecimento total do legislador dos seus limites. Ganhou vigência com sua publicação, mas não possui validade (v. **Ferrajoli**, "**Diritto e Ragione**"). Não é juridicamente válido. É um nada jurídico.

Contradição autofágica: se no art. 2º, § 2º, o legislador prescreveu a inaplicabilidade do art. 366 do CPP, no art. 4º, § 3º, está prevista sua incidência. É uma contradição inexplicável. É autofágica em relação àquele preceito. A qualidade da produção legislativa, como se vê, tem sido deplorável. Como pôde o legislador dizer no art. 2º que um tal dispositivo não é aplicável e logo em seguida, dois artigos depois, dizer que esse mesmo preceito é aplicável? Legislação aporética e autofágica. Nesses casos, como se sabe, deve sempre prevalecer o preceito que mais amplia a liberdade.

Enquanto o acusado desaparecido (citado por edital) não comparecer pessoalmente para responder ao processo, diz o § 3º do art. 4º, nenhum pedido de restituição seu será conhecido. A impossibilidade de se conhecer qualquer pedido de restituição enquanto o sujeito está desaparecido é um estímulo a mais para que ele compareça em juízo e responda pessoalmente ao processo. Para comprovar que a esse diploma legal é aplicável o disposto no art. 366 do CPP, cumpre observar que nesse caso o juiz pode até decretar a prisão preventiva do acusado.

O preceito legal em questão, autofágico e inconstitucional, revela o quanto o legislador, em alguns momentos, está despreparado para o desempenho de suas nobres funções.

No que se relaciona com o princípio do devido processo penal, por exemplo, seu constante desconhecimento versa fundamentalmente sobre o seguinte: o princípio em questão acha-se hoje amplamente constitucionalizado (seja pelo processo de constitucionalização mesmo, seja pelo de internacionalização), e essa constitui sua *parte rígida*, isto é, não pode ser afetada pelo legislador ordinário, cujo poder de alteração ou de inovação diz respeito somente à parte flexível do devido processo. Ao ignorar essa regra elementar, acaba o Poder Legislativo indo muito além dos limites legiferantes inerentes ao Estado de Direito.

Verificar sempre quais são esses limites constitucionais que não podem ser ultrapassados de forma alguma nessa "luta" contra o crime torna-se, assim, sumamente importante. Como primeiro imperativo, não se pode esquecer, numa versão atualizada da doutrina de **Von Liszt**, que a barreira intransponível, máxima de toda política criminal, é evidentemente o Estado Constitucional de Direito. Por mais que se acredite na bondade de uma determinada medida de "combate" ao crime (inversão do ônus da prova, por exemplo), se viola a Constituição, deve ser prontamente rejeitada.

"Como pode o legislador dizer no art. 2º que um tal dispositivo não é aplicável e logo em seguida, dois artigos depois, dizer que esse mesmo preceito é aplicável?"

Ninguém pode ignorar que o Estado Constitucional de Direito criou um sistema de garantias que de modo algum pode ser quebrado. Esse sistema de garantias funda-se, como diz **Ferrajoli** ("**Diritto e Ragione**"), numa dupla artificialidade: (a) no caráter positivo das normas produzidas, isto é, já não é a Moral ou o Direito Natural a fonte dos direitos — disso resulta que o "ser" (existência) do ordenamento jurídico é produto do "homem" (artificial, portanto); (b) na sujeição do próprio ordenamento jurídico às regras "formais" e "substanciais" do Estado Constitucional de Direito.

O processo de produção das normas jurídicas, desse modo, está formal e substancialmente constitucionalizado. Tanto a "existência" (aspecto formal) como a validade (aspecto substancial) das normas estão condicionadas pelo Estado Constitucional de Direito, que possui um núcleo imperativo intangível de valores, princípios e direitos fundamentais (que configuram a chamada realidade "teleológica-axiológica" da Constituição). Esse núcleo constitui o que se denomina "Constituição material", com a consequência de que "o próprio conteúdo de cada uma das normas que compõem o ordenamento jurídico se acha necessariamente afetado pela norma básica".

Desse Estado Constitucional de Direito emana, naturalmente, um novo "modelo ou sistema garantista", que é muito distinto do "modelo positivista clássico" (paleopositivista). O Direito, agora concebido como "sistema de garantias", ainda dentro da linha de pensamento de **Ferrajoli**, não só é condicionante (rege a sociedade) senão também "condicionado", é dizer, seu conteúdo, sua substância, não pode extrapolar os limites da Constituição, especialmente os dados pelo seu núcleo material.

O Estado Constitucional de Direito não é apenas um "Estado de Direito". Vejamos: no Estado de Direito clássico é a "lei" que condiciona a forma e o conteúdo do ordenamento jurídico; no Estado Constitucional, é a "Constituição" que estabelece a forma e que dá os limites substanciais do ordenamento jurídico; no primeiro, toda lei tem "validade" e é presumida de interesse geral; no segundo, a validade da lei depende de sua coerência com a Constituição; qualquer lei, inclusive as autoritárias e abusivas, deve ser observada (dentro do positivismo clássico), as leis que violam a Constituição, para o sistema garantista atual, são inválidas e não podem ser aplicadas. A primazia da Constituição, proclama **Ramon Peralta** ("**La Interpretación del Ordenamiento Jurídico Conforme a la Norma Fundamental del Estado**"), "produz o efeito de invalidar as normas infraconstitucionais que violem os preceitos que estão na norma fundamental".

Cabe ainda destacar que só dentro do Estado Constitucional notabiliza-se a distinção entre "mera legalidade" (todos os atos submetidos à lei) e "estrita liberdade" (todo o ordenamento jurídico submetido ao conteúdo dos direitos fundamentais). Uma norma jurídica somente adquire esse *status* quando conta com um referencial normativo superior "que possibilite sua existência como algo válido, positivo, jurídico".

Nenhuma maioria, por mais contundente que seja, pode decidir algumas matérias (as salvaguardas pelas cláusulas pétreas, por exemplo) ou deixar de decidir outras. Da democracia "formal" passa-se à "substancial": a maioria decide, mas existem condições "substanciais" que não podem deixar de ser observadas. E são essas que dão o norte sobre o que não é lícito decidir ou sobre o que não é lícito não decidir. Desse sistema "garantista" de direito deriva uma série de consequências que estão ainda por ser devidamente estudadas: a remodelação dos conceitos de vigência e validade da norma jurídica, o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a impossibilidade de o legislador ordinário restringir direitos e garantias fundamentais quando não há expressa previsão constitucional, etc.

Não poderíamos encerrar esse rápido enfoque do modelo garantista de direito sem fazer menção especial aos juízes, que possuem a missão de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e decidir não mais, assepticamente, *secundum legem*, senão sobretudo *secundum ius*. O melhor modelo de atuação judicial, por isso mesmo, é o positivista-constitucionalista, que leva o juiz a questionar sempre a validade da lei, antes de aplicá-la (v. **Luiz Flávio Gomes**, "**A Dimensão da Magistratura**"). Dessa postura garantista



emanará, automaticamente, a chamada jurisprudência constitucionalizada, que parte de que a "Constituição constitui o contexto necessário de todas e cada uma das normas do ordenamento jurídico, inclusive para o efeito de sua interpretação e aplicação".

O legislador, em suma, tem que compre-

ender a evolução do Estado de Direito. E todas as vezes que ele vai legislar, especialmente no âmbito criminal, tem que observar estritamente o que se acha constituído (diretamente ou indiretamente, isto é, observar os preceitos expressos da Constituição, assim como os que vieram em seu complemento nos tratados internacionais). Urge perceber que já existe um devido pro-

cesso penal preestabelecido, consolidado. E, no que se relaciona com sua parte rígida, nada pode fazer o legislador ordinário a não ser ampliá-la para facilitar a melhor fruição dos direitos fundamentais.

O autor é advogado em São Paulo e mestre em Direito Penal pela USP

A Lavagem de Dinheiro e o Crime Organizado na França - O Fenômeno e o Direito⁽¹⁾ -

(SÉRGIO ROSENTHAL)

Os especialistas do GAFI⁽²⁾, grupo criado pelos chefes de Estado e governantes do G7, e a presidência da Comissão das Comunidades Europeias, se dispuseram a descrever os aspectos materiais de uma operação de lavagem de dinheiro, a fim de que fosse possível aos operadores do direito compreender o desenvolvimento e os mecanismos dessas manobras.

Assim estabeleceu-se, para uma melhor compreensão, uma cronologia que serve de referência a todo estudo que envolve este fenômeno.

Segundo os técnicos do GAFI, o procedimento de lavagem de dinheiro se desenvolve fundamentalmente em três etapas bem definidas, independentemente de seu grau de complexidade, quais sejam, o "depósito"⁽³⁾, o "acúmulo desses depósitos"⁽⁴⁾, e finalmente a sua "integração"⁽⁵⁾, sendo certo que este último procedimento frequentemente faz uso dos sistemas financeiros internacionais. Essas três etapas podem ocorrer separada e distintamente umas das outras, embora com frequência seu desenvolvimento seja simultâneo. A utilização e escolha destas etapas fundamentais dependerá dos mecanismos de lavagem de dinheiro disponíveis, bem como das necessidades da organização criminosa implicada.

A primeira etapa, denominada "le placement" (o investimento) consiste em desfazer-se materialmente de importâncias em numerário. Conscientes de que grandes valores em dinheiro podem chamar a atenção sobre sua proveniência ilícita, os delinquentes frequentemente transferem estas importâncias do lugar de sua aquisição. Apesar de parecer simples, esta ação é bastante delicada, pois, evidentemente, é a mais aparente, vez que é necessário apresentar o dinheiro em espécie, assegurando assim, uma primeira transformação. É imperioso desfazer-se materialmente de somas vultosas, seja operando em diferentes estabelecimentos financeiros, seja injetando-as na economia informal, seja pela transferência de divisas ao exterior do país onde, por exemplo, a venda da droga foi efetuada.

Nesta fase do "placement" os bancos bem como todas as demais instituições ou mecanismos de depósito são os principais agentes de transmissão de fundos.

A segunda fase, denominada "l'empilage", ou seja, o acúmulo de investimentos, impede qualquer possibilidade de se chegar

à origem dos produtos ilícitos, graças a um sistema complexo de transações financeiras sucessivas, destinadas a maquiagem a trilha contábil destes lucros. Consiste basicamente em multiplicar os movimentos de uma conta bancária sobre outra, podendo cada conta se dividir em inúmeras subcontas. Neste caso, os meios técnicos mais sofisticados são colocados em prática para acelerar a movimentação financeira e dissociar, o mais eficazmente possível, os fundos de sua origem. De regra, recorre-se a um centro de telecomunicações financeiras interbancárias como o SWIFT⁽⁶⁾ (Companhia Mundial de Telecomunicações para Transações Financeiras Interbancárias).

No início, este centro de telecomunicações era uma cooperativa constituída por quinhentas instituições financeiras européias e americanas.

"A lavagem de dinheiro proveniente de crime é uma infração internacional, aliada às facilidades de comunicação e à permeabilidade das fronteiras."

Os códigos anexados às mensagens do SWIFT indicam a natureza de cada operação: "MT 100's" ou "MT 200's" designam transferências de fundos; "MT 700's" é a indicação para um crédito documentário. A mensagem indica a data, a moeda, o montante e também a origem do dinheiro, o que significa, de fato, as coordenadas do operador e do beneficiário. Dessa forma nada é secreto, mas é difícil acompanhar a movimentação do dinheiro, dada a sua rapidez, além da necessidade de se saber decifrar uma mensagem "SWIFT", que não deixa mais que traços contábeis reduzidos. Outra modalidade utilizada é o sistema "CHIPS"⁽⁷⁾, através de câmaras de compensação dos sistemas de pagamento interbancário.

Graças à técnica de "empilage", os fundos são dispersos, repartidos em centenas de contas, e depois podem, ao gosto das organizações que os manipulam, ser reagrupados em um grupo de bancos determinados, a partir dos quais serão livremente utilizados.

A terceira fase da lavagem de dinheiro é chamada "l'intégration". O dinheiro é rein-

vestido ou reutilizado na economia legal.

A integração consiste em conferir uma aparência de legalidade ao dinheiro sujo. Uma vez terminado o procedimento de "empilage", o lavador de capitais necessita de uma "fachada" para revestir sua riqueza de um perfume de legalidade. Os planos de integração distribuem os produtos lavados na economia de tal maneira que eles retornam ao sistema bancário com a aparência de lucros normais de uma negociação comercial.

De seu lado, juristas de todo o mundo civilizado buscam uma definição jurídica para esta infração, a fim de que a lei penal preveja o crime e o reprima.

A particularidade e a dificuldade de incriminação da lavagem estão no fato de que sua definição não pode ser autônoma. Assim como no crime de receptação, a lavagem de dinheiro é sempre consequência de uma infração anterior, onde o dinheiro é obtido. Neste passo, a correta tipificação, bem como a prova do dolo são consideravelmente complicadas.

Por definição, igualmente, a lavagem de dinheiro proveniente de crime é uma infração internacional, aliada às facilidades de comunicação e à permeabilidade das fronteiras.

Por derradeiro, é necessário asseverar que, se a colaboração repressiva internacional é indispensável, no caso, ela não é maleável, pois os Estados defendem sua soberania, cada um deles levando em conta um julgamento de valores sobre o sistema repressivo do Estado vizinho.

Veja-se como exemplo as dificuldades observadas na maneira em que se dá a cooperação policial ou judicial entre os próprios países membros da comunidade européia.

Finalmente, em que pese existir incriminação direta da lavagem de dinheiro nos mais diversos países europeus, as disposições que visam a matéria não são uniformes, seja no âmbito das penas previstas, seja quanto à possibilidade de apreensão ou confisco de valores, os lapsos prescricionais, etc...

Notas

⁽¹⁾ Texto traduzido e adaptado da obra "Blanchiment d'argent et crime organisé", de Jean-Louis Héralde Patrick Ramael, Presses Universitaires de France, 1ª edição, 1996.

⁽²⁾ Groupe d'Action Financière Internationale.

⁽³⁾ Le placement.

⁽⁴⁾ L'empilage.

⁽⁵⁾ L'intégration.

⁽⁶⁾ Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications.

⁽⁷⁾ Chambers of Compensation of Interbank Payment Systems.

O autor é advogado em São Paulo e diretor do Boletim/IBCCrim

A Nova Corte Penal Internacional. O Difícil Equilíbrio Entre Uma Perseguição Penal Eficiente e a "Realpolitik"

(KAI AMBOS)

Decorridos 50 anos, a comunidade de Estados deu um passo decisivo para o cumprimento da promessa formulada em Nuremberg: às 22.50 horas do dia 17 de julho de 1998 foi aprovado, em Roma, o estatuto da **Corte Penal Internacional (CPI)** permanente. O estatuto, aprovado em uma dramática votação solicitada pelos EUA, por 120 votos a favor e 7 contra — excluindo EUA, China e Índia — e 21 abstenções, é um importante passo nos esforços internacionais para que as graves violações dos direitos humanos não fiquem impunes.

Pode-se dizer que foi uma conquista histórica, levando-se em conta que um dia antes do encerramento da conferência ninguém acreditava num final feliz e, inclusive, a maioria dos delegados e representantes da ONG temiam seu fracasso. Apesar de todas as legítimas reservas que possam ser feitas, a mensagem de Roma é bem clara: *as graves violações dos direitos humanos não ficarão impunes*.

Competência Restringida

Após uma leitura detalhada do estatuto de Roma formula-se a seguinte pergunta: será a nova Corte suficientemente poderosa? Baseando-se nas propostas originais da Coalizão pró CPI — à qual pertencem mais de 800 ONG's — e na quase idêntica posição dos Estados favoráveis a uma CPI forte (*"like-minded-states"*), particularmente Alemanha, constata-se que no documento final foram aceitas consideráveis limitações da Corte, especialmente no que diz respeito à sua competência. Esta não é universal nem imediata, ou seja, não abarca a todos os Estados-membros no que se refere aos delitos em questão, tais como genocídio, delitos de lesa humanidade, delitos de guerra e agressão, figura jurídica esta última que ainda deve ser definida mais pormenorizadamente. Em oposição, o estatuto prevê um complicado sistema em três níveis (art. 12).

• No primeiro nível — conquista dos *"like-minded-states"* — se estabelece que, com a adesão ao Tratado, todo Estado aceita automaticamente a competência da Corte. Os Estados cépticos ao Tratado, particularmente os EUA e a França, haviam exigido uma opção *"opt-in"*, qual seja, todo Estado devia reconhecer em uma outra declaração (de forma similar ao art. 56 do estatuto da Corte Internacional de Justiça - CIJ) a competência da CPI para julgar os delitos mencionados, excluindo-se dessa regra somente o genocídio. Essa idéia sobreviveu apenas em uma norma Transitória, vez que a França condicionou a ela sua aprovação ao Tratado. Trata-se do art. 114, no qual um Estado-membro pode excluir (em princípio), por volta de 7 anos, a competência da CPI no caso de crimes de guerra (*"opt-out"*). Em confronto com o regime original *"opt-in"*, a

relação entre a regra e a exceção é agora inversa: em princípio, a competência da Corte também abarca os crimes de guerra, desde que o Estado em questão não tivesse usado a cláusula *"opt-out"*. Essa regulamentação será revista (possivelmente limitada ou inclusive eliminada) em uma nova conferência (*"review conference"*) dentro de 7 anos.

• No segundo nível deve-se verificar — e essa é a lamentável limitação da competência — se um caso concreto cumpre os requisitos específicos que fundamentam a competência da CPI. E neste caso, a proposta alemã de uma competência universal sobre a base do princípio do direito internacional (consuetudinariamente reconhecido) rendeu-se ao princípio do "Compromisso Coreia". Segundo ele, a CPI é competente quando o Estado onde existe o conflito, ou suspeito, a vítima ou lugar de detenção (em forma alternativa, não acumulativa) é Estado-membro ou aceita (*ad hoc*) a competência da Corte nesse caso concreto.

Inicialmente essa proposta foi aceita por 79% dos Estados representados em Roma, porém nas últimas duas semanas reduziu-se a dois pontos, pelos membros permanentes do Conselho das Nações Unidas em negociações ocultas sob a orientação de Inglaterra, que na verdade era considerada *"like-minded"*.

De acordo com a nova regulamentação estabelecida, a CPI é competente somente quando o Estado do conflito ou suspeito é Estado-membro do Tratado ou aceita *ad hoc* sua competência. Isso significa que a maioria das guerras civis e atuais conflitos internos não são de competência da Corte, pois nesses casos o Estado onde existe o conflito é sempre idêntico ao Estado suspeito o que evitará sempre sua adesão ao estatuto no caso de conflito interno. De acordo com essa regra, a CPI poderia ter julgado ao ditador cambojano Pol Pot pelo genocídio à população, caso o Camboja (como Estado de conflito e suspeito) fizesse parte da Comunidade e tivesse reconhecido *ad hoc* a competência da Corte.

Baseando-se na competência da Corte, poderia a medida prevista na "Proposta Coreia" — referente ao Estado de detenção — pelo menos ter contemplado a possibilidade de que o suspeito, no caso de abandonar seu país, pudesse ser detido em um Estado-membro. Resta-nos, agora, esperar somente a adesão de muitos Estados onde existem conflitos ou suspeita em potencial, a aceitar a competência da CPI em caso de delitos no seu território, ou delitos cometidos por seus cidadãos.

• No terceiro nível situa-se finalmente a mencionada possibilidade de que o Estado de conflito ou suspeito aceite *ad hoc* a competência da Corte. Esse regulamento oferece à opinião pública internacional um instrumento eficaz para pressionar os Estados envolvidos, particularmente em casos graves

de delitos, a aceitar a competência da Corte.

Em caso de não poder eliminar essa dificuldade de competência, resta a possibilidade de que o Conselho de Segurança das Nações Unidas, baseando-se no capítulo VII da Carta da ONU (CONU), coloque nas mãos da Corte uma determinada situação (art. 13 b). E, nesse caso, não são necessárias outras definições de competência.

Por outro lado, no caso de eliminar as dificuldades de competência, devem ser observadas — salvo no caso de uma transferência do Conselho de Segurança — outras condições de admissão (art. 17-19).

De acordo com o princípio da *complementariedade*, estabelecido já no preâmbulo e no artigo 1, um juízo perante a CPI só é possível quando a justiça nacional não está em condições de levá-lo a cabo ou não quer realizá-lo. Esse caso pode ser registrado quando um processo penal nacional é realizado só com a intenção de proteger um suspeito, e gera como consequência uma perseguição *ad infinitum* do processo, ou a justiça penal nacional tenha-se desintegrado. Cabe destacar que existe uma *prioridade* de competência para a justiça penal nacional e não para a internacional, como se dá nos Tribunais para Iugoslávia e Ruanda.

O suspeito e os Estados envolvidos podem impugnar a competência da CPI e a admissão de um determinado processo, exigindo a sua transferência à justiça nacional. Isso pode levar ao atraso do processo e, inclusive, à sua postergação *sine die* e — apesar dos regulamentos contra — resultar em perda das provas.

Finalmente, o Conselho de Segurança pode também, de acordo com o capítulo VII da CONU, suspender o início de um juízo em até 12 meses. Esse lapso de tempo pode estender-se apenas por decisão unânime dos membros permanentes do Conselho de Segurança (art. 27, III, da CONU).

Conquistas em outras áreas

Ainda que tenham sido registradas lamentáveis limitações à competência da CPI, como visto acima, em outras questões se impuseram os *"like-minded-countries"*.

• Houve um maior detalhamento dos tipos penais de genocídio, lesa humanidade, crimes de guerra e agressão, estando todos no rol de competência da Corte (art. 5-8). Por exemplo, dentre os delitos de lesa-humanidade registra-se o "desaparecimento" e, entre os crimes de guerra — e isso vai além do artigo comum 3 da Convenção de Genebra —, também graves violações do direito de guerra em conflitos internos. Não obstante, aqui também se observam lamentáveis limitações. No caso de crimes de guerra, adotou-se um impedimento para a sua aplicação, ficando assim abaixo do modelo padrão (*standard*) estabelecido pelo direito internacional humanitário: particularmente serão punidos aqueles delitos parte de um *piano* ou de uma *política* ou que sejam cometidos de *forma maciça*. Em caso de conflitos internos, prevê-se que as disposições penais não afetem a responsabilidade do governo a restabelecer a lei e a ordem interna e defender a unidade nacional por todos os meios legítimos (inclusive ilegal). No caso dos delitos de lesa-humanidade, exige-se um conhecimento





to positivo do autor dos crimes, desde que o delito seja um ataque amplo e sistemático contra toda população civil.

• O estatuto prevê um *Ministério Público* (art. 15, 42), que possa atuar de ofício com base de informações "confiáveis" independentemente da origem — quer dizer, também as não estatais — as quais serão submetidas — somente — à verificação legal de uma "câmara prejulzo" (*pre-trial chamber*). Dessa maneira impediu-se o perigo de uma politização do Ministério Público por parte de instâncias de controle político (Conselho de Segurança das Nações Unidas, Assembleia dos Estados-partes). Permanece, não obstante, o direito de intervenção do Conselho de Segurança da ONU com base do capítulo VII.

• No caso de emprego das provas que (supostamente) afetem os *interesses da segurança nacional* (art. 72), de eminente importância prática, encontrou-se uma solução diferenciada, qual seja, obriga-se o Estado envolvido a explicar suas razões para manter o segredo e possibilita à Corte, em última instância, o uso dessas provas via inferência.

• Finalmente, conseguiu-se a impossibilidade de manifestar *reserva* contra o estatuto (art. 120). Deste modo evitou-se um conflito relacionado às reservas admissíveis no marco do direito internacional e se privou os Estados céticos da possibilidade de se livrar de suas obrigações perante a Corte. Se não existisse a impossibilidade de reserva, um Estado poderia, por exemplo, negar a entrega de um cidadão, devido às suas disposições constitucionais. Deste modo a Corte estaria condenada a não intervir, já que, no caso dos acusados, trata-se comumente de cidadãos do próprio país.

O trágico papel dos EUA

Apesar das numerosas concessões dos países "like-minded", a delegação norte-americana manteve até o último minuto as suas exigências. Por exemplo, a de uma declaração explícita de aceitação da competência da Corte por parte dos Estados (contra a competência automática) em "opt-in" para crimes de guerra e crimes de lesa-humanidade, igualmente para Estados não membros. Se os critérios estadunidenses prevalecessem, a Corte teria sido um tribunal contra os Estados pequenos e pobres, sem qualquer poder perante os interesses dos poderosos. Quem testemunhou as negociações estadunidenses em Roma, não se surpreende com a ativa resistência dos EUA à Corte. Portanto, sua derrota na votação era mais que previsível.

"Um juízo perante a Corte Penal Internacional só é possível quando a justiça nacional não está em condições de levá-lo a cabo ou não quer realizá-lo."

Esta atitude é lamentável, mas o funcionamento da Corte, antes de depender de ações militares internacionais, depende da cooperação dos Estados-membros, na medida em que neles se situam os conflitos e ali se encontram os suspeitos. Ações militares internacionais serão necessárias só no marco do capítulo VII da CONU, para a manutenção da paz internacional. Nessa situação, os EUA tentarão utilizar, como na Guerra do Golfo, tanto o Conse-

lho de Segurança das Nações Unidas como a CPI para seus próprios fins políticos. Igualmente, o futuro papel da CPI na manutenção da paz e a sua estreita relação com o Conselho de Segurança, o qual foi uma concessão aos EUA, impossibilitará o mesmo, a longo prazo, renunciar a uma cooperação com a Corte.

Conclusão

As limitações na competência da CPI foram compensadas parcialmente pelas conquistas mencionadas, pois estas só têm validade se a Corte puder intervir. Por outro lado, para um eficiente funcionamento da Corte, necessita-se um maior número possível de Estados-membros. Isto — junto com as aceitações *ad hoc* — pode finalmente compensar as limitações de competência. Por último, é de se esperar que os Estados-membros aproveem, em uma nova conferência dentro de 7 anos, uma ampliação da competência da Corte.

Enfim, as palavras de Kofi Annan, Secretário Geral das Nações Unidas, são dignas.

"Sem dívida, muitos de nós preferiríamos uma Corte investida de maiores poderes, mas isso não nos permite minimizar o conquistado. A criação da Corte é uma esperança para as futuras gerações e um grande passo na senda da vigência universal dos direitos humanos e do império da lei"

O autor é assessor científico de Direito Penal Internacional e Hispanoamérica no "Instituto Max Planck de Derecho Penal Etrangero e Internacional", Friburgo, Brisgavia (Alemanha) e foi membro da delegação alemã em Roma. Este artigo reflete sua opinião pessoal e foi traduzido por Rose D. Ianella.

Lei nº 9.613/98 - Uma Armadilha para as Instituições Financeiras

(HELIOS NOGUÉS MOYANO E ADRIANO SALLES VANNI)

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, além de tipificar "crimes de lavagem de dinheiro", contém normas destinadas "a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos" nela previstos, bem como "cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF...".

Pois bem. Qualquer operador do Direito, que conheça minimamente as questões relativas ao Sistema Financeiro Nacional, sequer precisa ler os dispositivos legais nela contidos para saber da sua inconstitucionalidade.

Afinal, se "o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar..."⁽¹⁾, é inquestionável que qualquer dispositivo ou diploma legal regulando matéria adstrita ao Sistema Financeiro Nacional, que esteja inserido ou faça parte de uma lei hierarquicamente inferior a uma Lei Complementar, como é o caso da Lei nº 9.613/98, será manifesta e inquestionavelmente inconstitucional.

Qualquer outra análise acerca do diploma legal em exame representará mero exercício mental, pois ele, decorrente do vício de inconstitucionalidade, jamais provocará qual-

quer efeito válido no mundo jurídico.

Mas o que não se compreende, o que custa a entender, o que irrita, enfim, é que legislador gaste tempo e dinheiro do povo para aprovar leis manifestamente inconstitucionais, criando sérios riscos não só para o ordenamento jurídico como um todo, senão também, e sobretudo, para as inúmeras pessoas que deverão lidar com esse tipo de leis.

Aliás, desses riscos é que foi tirado o título deste artigo.

Sim, pois a instituição financeira que — atendendo às determinações contidas na **inconstitucional** Lei de Lavagem de Dinheiro — violar o sigilo das informações bancárias de seus clientes, fornecendo ao natimorto COAF as informações que a lei determina, cairá numa verdadeira armadilha: **estará praticando, conforme o caso, ou o delito descrito no art. 18, caput, da Lei nº 7.492/86, ou o tipificado no art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595/64.**

E os motivos são óbvios: se antes do advento da Lei nº 9.613/98 só era possível quebrar sigilo bancário mediante autorização judicial, e se essa lei, que regula e autoriza a quebra do sigilo sem aquela autorização, é inconstitucional, parece óbvio que quem romper o mandato protetor das informações bancárias com

base apenas nela deverá responder pelo crime de violação de sigilo bancário.

Nem se argumente o contrário, com base no fato de tanto a Lei nº 4.595/64 quanto a nº 7.492/86 também serem ordinárias, isto é hierarquicamente iguais a de "Lavagem de Dinheiro".

É que, tanto uma quanto outra, apesar de ordinárias, após a promulgação da Constituição de 88, que **as recepcionou**, passaram a ter força de Lei Complementar. Nesse sentido, a brilhante lição de Celso Ribeiro Bastos⁽²⁾, que, após lembrar que o mencionado art. 192 "estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar", afirma que na realidade "já existe o referido sistema disciplinado pela Lei nº 4.595/64, que passa a vigorar com força de lei complementar".

Segundo o eminente jurista, "não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se em consequência, que a Lei nº 4.595/64 tem força de lei complementar".

Conseqüentemente, diante da inconstitucionalidade da Lei nº 9.613/98, os tipos penais definidos nos referidos arts 18 e 38





permaneceram intactos.

Assim, cremos que, na remotíssima hipótese do COAF vir realmente a ser criado, todas as pessoas, físicas e/ou jurídicas, mencionadas no Capítulo V, da Lei nº 9.613/98, deverão se abster de fornecer os dados e informações determinadas em seus Capítulos VI e VII, sob pena de serem responsabilizadas pelo crime de violação de sigilo bancário, podendo para tanto lançar mão de *habeas-corpus* e/ou mandado de segurança, conforme o caso concreto.

Mas não é só.

Cremos, também, que mesmo que a Lei nº 9.613/98 fosse complementar, sua inconstitucionalidade seria inevitável, como aliás, o seria a de qualquer lei que viesse a transformar em regra o que a Constituição quer que seja exceção, ou, em outras palavras, que transformasse em regra o fornecimento de informações bancárias. E, o que é

pior, sem qualquer análise prévia do Judiciário.

Essa inconstitucionalidade decorreria da agressão que uma lei desse tipo representaria para o direito à intimidade, hoje direito fundamental do ser humano, constitucionalmente garantido.

"Parece óbvio que quem romper o manto protetor das informações bancárias com base apenas nela deverá responder pelo crime de violação de sigilo bancário."

É que, como já tivemos oportunidade de afirmar⁽¹⁾, o sigilo bancário faz parte da intimidade dos cidadãos, intimidade essa que só pode ser quebrada e violada excepcionalmente, desde que existam motivos devidamente

comprovados para tanto e, o que é fundamental, mediante o devido processo legal, que passa, *in casu*, necessariamente pela ordem judicial e pelo respeito à Lei Maior que, repita-se, não tolera qualquer tentativa, mesmo que por uma lei, de transformar em regra a invasão à intimidade das pessoas.

Notas

⁽¹⁾ Art. 192, caput, Constituição Federal.

⁽²⁾ In "Sigilo Bancário - Quebra - Requisições da Receita Federal e do Ministério Público", José Carlos Dias, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, Ed. Revista dos Tribunais, p. 241.

⁽³⁾ In "Sigilo Bancário (Por Quem e Quando Pode Ser Violado)", Helio Nogueira Moyano e Adriano Salles Vanni, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 19, Editora Revista dos Tribunais, p. 47.

Os autores são advogados em São Paulo.
O segundo é tesoureiro adjunto do IBCCrim.

Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência

(ROBERTO DELMANTO JUNIOR)

I. O princípio favor libertatis

A liberdade, essa virtude suprema, o mais precioso bem de todos aqueles inerentes à vida, é fundamental, como lembra o jusfilósofo Luis Recaséns Siches, para que o ser humano seja capaz de se desenvolver, de colocar em prática seus potenciais, como "uma criatura filha de Deus com a perspectiva de autosalvação"⁽¹⁾, ou seja, de realização pessoal, de desenvolvimento dos seus talentos naturais e de sua vocação.

Ainda segundo Siches, é com base no pensamento cristão, lendo-se no Antigo Testamento que "o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus", que o valor da dignidade da pessoa humana adquiriu maior relevância, convertendo-se em "postulado básico da cultura ocidental"⁽²⁾.

Assim, ao se desenvolver, o ser humano precisa gozar de liberdade, tanto em seu aspecto negativo (direito de não ser incomodado, ou seja, a intimidade) quanto positivo (direito de livre manifestação e participação no seio social).

Por ser tão fundamental à própria existência humana, a tutela da liberdade, ao lado da dignidade, exsurge, inevitavelmente, como um verdadeiro princípio geral do Direito, que está acima da lei escrita, consubstanciando-se em um direito fundamental natural, em virtude do qual sempre, com incansável e perene continuidade, dever-se-á favorecer a liberdade.

Com efeito, já em numerosas enunciações do digesto do *Corpus iuris civilis*, elaborado por ordem de Justiniano e publicado em 529 d.C., encontram-se referências nesse sentido, ou seja, ao princípio favor libertatis⁽³⁾.

E a partir do momento em que esse princípio fundamental do Direito é reconhecido e reafirmado expressamente pelas codificações dos povos civilizados, a tutela da liberdade adquire, ainda mais, irrefutável conota-

ção de liberdade jurídica, coibindo-se ingerências arbitrárias, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade, nas esferas mais íntimas de cada um, bem como também vedando-se injustificáveis impedimentos a uma ativa participação na sociedade, como pode se dar com a exclusão social de uma certa parcela de cidadãos em virtude, por exemplo, de racismo ou preconceito.

Por outro lado, a incidência do princípio favor libertatis não se dá, tão-somente, no processo de elaboração dos ordenamentos legais, mas, também, se traduz em uma insosfismável diretriz à atuação dos órgãos e agentes estatais na ação judiciária, no sentido de que ela deve ser admitida somente na medida do estritamente necessário à manutenção da harmonia social.

E assim enfatiza o ex-primeiro ministro português Marcello Caetano, asseverando que "o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida do estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais"⁽⁴⁾.

II. A incidência do princípio favor libertatis no processo penal

Em sendo a proteção dos direitos individuais naturais a fonte de toda a ordem jurídica, o seu fim teleológico, erigindo-se como condição, inclusive, para a própria existência de uma sociedade livre de represões gratuitas ou preconceituosas e que fomente o desenvolvimento cultural, econômico, etc., o processo penal exsurge sobretudo como um instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado, e não simplesmente como um mecanismo que vise, tão-só, dar meios aos órgãos e agentes estatais para a descoberta da verdade e viabilizar a punição ou a imposição de medida de segurança aqueles que tenham violado a lei penal⁽⁵⁾.

Nesse sentido, já em 1853 escrevia o autor lusitano F. J. Duarte Nazareth que o processo penal é um instrumento "d'escudo à honra, à liberdade individual, e aos direitos dos cidadãos"⁽⁶⁾, pensamento também adotado, entre nós, por João Mendes de Almeida Júnior, no sentido de que "as formas asseguram a liberdade dos indivíduos"⁽⁷⁾ e Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para quem o processo penal é um instrumento da liberdade⁽⁸⁾.

E a maior prova de que a rígida e perene observância do princípio favor libertatis, principalmente no processo penal, é tão fundamental quanto a própria manutenção da Democracia, é a verificação de que as ditaduras com frequência se utilizam justamente do processo penal para impor o seu regime de exceção. Em consonância com esta observação, Julio B. J. Maier⁽⁹⁾ aduz que o processo penal pode ser visto como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de uma nação.

Dada a sua relevância, o processo penal encontra, como é cediço, além de inúmeras preceituções em nível ordinário, regramentos de índole constitucional, ou seja, normas processuais penais constitucionais, espelhando-se o princípio favor libertatis, aí, na garantia da presunção de inocência, a qual já aparecia no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁽¹⁰⁾, fruto do movimento iluminista, com vistas a banir, naquela época, o sistema da prova legal e da tortura, buscando-se a implementação do sistema da livre apreciação da prova⁽¹¹⁾ e eliminando, outrossim, o pensamento de que o suspeito é que deveria provar a sua inocência perante a sociedade, como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho⁽¹²⁾.

Mais modernamente, o direito à chamada presunção de inocência aparece em inúmeros diplomas internacionais, como nas recomendações constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁽¹³⁾, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁽¹⁴⁾ e no Pacto de San José da Costa Rica⁽¹⁵⁾.

E foi através desses últimos dois diplomas internacionais, e em função do § 2º do art. 5º da Constituição da República, que o direito expresso à "presunção de inocência" restou incorporado à nossa Constituição da República, ampliando-a, ao menos os que





entendem que o inc. LVII, do mesmo art. 5º¹⁶, não comporta presunção nenhuma, mas mera **desconsideração prévia de culpabilidade**, permanecendo o *status* do acusado, assim, equidistante tanto da inocência quanto da culpabilidade.

A presunção de inocência, portanto, passou inquestionavelmente a ser um **direito garantido por nossa Constituição**, cuja aplicação é imediata em decorrência da conjugação dos §§ 1º e 2º do referido art. 5º.

Atente-se, por outro lado, que mesmo para aqueles que possam imaginar haver eventual conflito entre a nossa *Magna Carta* e os dois tratados internacionais referidos, no tocante à desconsideração prévia de culpabilidade e à presunção de inocência, a norma que deve prevalecer será sempre *"a mais benéfica ao indivíduo, titular do direito"*, nas palavras de **Flávia Piovesan**¹⁷.

Passemos, então, à análise do conteúdo dessa presunção e das posições doutrinárias acerca de sua admissibilidade.

Realmente, foram muitas as vozes no passado que se insurgiram contra a presunção de inocência, entendendo-a inaceitável. Segundo **Manzini, Gabrieli e Consentino**, lembrados por **Bento de Faria**, a presunção de inocência seria uma inaceitável extravagância, reflexo de exagerados e inconseqüentes excessos dos iluministas¹⁸. No mesmo sentido se manifestam, também, **Giuseppe Sabatini**¹⁹ e **Carlo Umberto Del Pozzo**²⁰, salientando que o fato do acusado não poder ser considerado culpado antes de decisão penal condenatória passada em julgado não autoriza que ele seja, todavia, presumido inocente; ele estaria, nas palavras de **Del Pozzo**²¹, em posição neutra, equidistante da inocência e da culpabilidade. Entre nós, podemos lembrar, ainda, **Inocêncio Borges da Rosa**²², que igualmente assim se posiciona.

Nessa esteira, também, **Manzini** formula a seguinte indagação: *"Se si presume l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?"*²³.

Por outro lado, em sentido favorável à presunção de inocência, entre os autores estrangeiros de outrora, podemos lembrar **Bettiol, Longui, Pezzatini e Bellavista**²⁴ e, em meio a autores atuais, **Esteban Romero Arias**, para quem *"o direito à presunção de inocência é um ideal, uma forma de ver a realidade"*²⁵; **M. Cobo Del Rosal** e **T. S. Vives Anton**, asseverando que a presunção de inocência deve ser entendida como *"regra de tratamento"*²⁶; **Eladio Escusol Barra**, esclarecendo que *"todas as garantias em respeito ao acusado descansam em uma base: a presunção de inocência"*²⁷; e **Mario Pisani**, lembrado por **Antonio Magalhães Gomes Filho**, para o qual há uma *"presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja, a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo a repressão penal"*²⁸.

Inquestionavelmente a presunção de inocência, como expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda muito maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema da prova legal. Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é **tratado** durante o processo, como devem ser tuteladas a sua **liberdade, integridade física e psíqui-**

ca, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

E não obstante o processo penal, diante da sua natureza, seja *a priori* avesso a presunções, pautando-se pela obtenção de provas concretas, o acolhimento, pelo Brasil, dos referidos tratados internacionais inegavelmente impôs no âmbito processual penal uma **presunção legal relativa** (*juris tantum*) de que o suspeito, o indiciado, preso em flagrante ou não, o acusado e até o condenado que esteja recorrendo seja, por mais contraditório que isto eventualmente possa parecer para alguns, **tratado** legalmente como pessoa inocente.

"O processo penal exsurge sobretudo como um instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado."

E em resposta à referida indagação de **Manzini**, podemos afirmar que essa presunção legal — que em virtude de sua própria natureza de presunção pode muito bem não refletir a realidade²⁹ e às vezes desde logo parecer descabida pela evidência das provas que vão surgindo durante o desenrolar da persecução penal —, acabou-se consubstanciando em um **verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido**, incumbindo ao Estado, unicamente através da persecução penal, **desconstituir essa presunção**, que só cederia, outrossim, com o trânsito em julgado da condenação, devidamente fundamentada em provas lícitas e incontestes³⁰, proferida *"opos o desenrolar do devido processo penal"*³¹.

Assim, não sendo a presunção de inocência incompatível com a realidade, traduzindo-se na maior expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, restam tuteladas **não só a liberdade e a dignidade de todos que se vêem envolvidos em uma persecução penal, mas, também, a própria legitimidade da atuação do Poder Judiciário, resguardando-se, igualmente, a dignidade de seus órgãos e agentes.**

Notas

- ¹⁶ "Tratado General de Filosofía del Derecho", 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1959, pp. 560-561.
- ¹⁷ Idem, p. 550.
- ¹⁸ Por exemplo, em **Décio**: *"Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari"* (É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente), e em **Ulpiano**: *"Satius est, impunitum relinquitur facinus nocentes, quam innocentem damnari"* (É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente) (apud **Esteban Romero Arias**, "La Presunción de Inocencia", Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p. 18).
- ¹⁹ "Direito Constitucional", 1977, pp. 374 a 377, apud **João Melo Franco e Herlander Antunes Martins**, "Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos", Coimbra, Almedina, 1993, p. 399.
- ²⁰ Cf. **Fernando Gómez de Iñáñiz**, "El Proceso Penal - Tratamiento Jurisprudencial", Olvido, Editorial Forum, 1992, p. 19 e **Julio B. J. Maier**, "Derecho Procesal Penal Argentino", Buenos Aires, Hammurabi, 1989, tomo I, p. 112.
- ²¹ "Elementos de Processo Criminal", 3ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 25.
- ²² "O Processo Criminal Brasileiro", 4ª ed., Rio

de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1959, vol. I, p. 14.

²³ Citado por **Cândido Rangel Dinamarco**, in "Processo de Conhecimento e Liberdade - Estudos em Homenagem...", São Paulo, RT, 1987, p. 256.

²⁴ "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, Editoriais Hammurabi, 1989, tomo I, p. 118.

²⁵ "Tout homme étant présumé innocent, c'est un juge indispensable de Farreier, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi".

²⁶ **Esteban Romero Arias** observa que, na Espanha, "la constitucionalización de la presunción de inocencia ha significado la superación definitiva del sistema de valoración legal de la prueba" ("La Presunción de Inocencia", Pamplona, Aranzadi, 1985, p. 29).

²⁷ "Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", São Paulo, Saraiva, 1991, p. 10, nota de rodapé nº 4.

²⁸ "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (art. XI).

²⁹ "Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 14, 2º).

³⁰ "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa" (art. 8º, 2.ª parte).

³¹ "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

³² "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 121-122.

³³ "Codice di (sic) penale illustrato con i lavori preparatori", p. 85, in **Bento de Faria**, "Codice de Processo Penal", Rio de Janeiro, Jacintho, 1942, vol. I, pp. 110-111.

³⁴ "Novissimo Digesto Italiano", Torino, UTET, 1968, tomo VIII, voce "In dubio pro reo", p. 615.

³⁵ "La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano", Torino, UTET, 1962, p. 103.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ "Processo Penal Brasileiro", Porto Alegre, Globo, 1942, vol. II, p. 278.

³⁸ Apud **René Ariel Dotti**, "Princípios de Processo Penal", in RT 687/264.

³⁹ Apud **Carlo Umberto Del Pozzo**, "La Libertà Personale nel Processo Penale Italiano", cit., p. 103.

⁴⁰ "La Presunción de Inocencia", Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p. 62.

⁴¹ "Derecho penal - Parte General", 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 79.

⁴² "Manual de Derecho Procesal Penal", Madrid, Editorial Colex, 1993, p. 70, in fine.

⁴³ "Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", São Paulo, Saraiva, 1991, p. 37.

⁴⁴ **Antonio Magalhães Gomes Filho**, referindo-se a **Jerzy Wroblewski**, esclarece que as "presunções são normas de comportamento e através delas o legislador formula regras de 'dever ser' e não asserções sobre a realidade" ("Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", cit., p. 36).

⁴⁵ Nesse sentido, cf. decisão do Tribunal Constitucional Espanhol nº 3/1990, de 15 de janeiro, in **Manuel Pulido Quecedo**, "La Constitución Española - Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 607.

⁴⁶ Cf. **Roberto Delmanto Junior**, "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração", Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 59. Nesse sentido, cf., também, a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol nº 3/1990, de 15 de janeiro, in **Manuel Pulido Quecedo**, "La Constitución Española - Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 607.

O autor é advogado em São Paulo, mestre e doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

BIBLIOTECA MODULAR

MAIS LEITURA, MAIS CULTURA, MAIS DIREITO!

A EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS tem o orgulho de apresentar a BIBLIOTECA MODULAR RT – CAMPANHA DE INCENTIVO À ATUALIZAÇÃO E À LEITURA JURÍDICA. Trata-se de um grande projeto que visa colocar à disposição do público leitor os melhores títulos sobre Direito, em condições nunca antes vistas!

A RT criou uma série de módulos, que reúnem vários livros, abrangendo diversas áreas do Direito. Criou, também, o **RT CHEQUE, que confere um desconto de R\$ 100,00 (cem reais)** na compra de qualquer dos módulos da campanha! Que dizer sobre isso? **INCRÍVEL!**

OS MELHORES LIVROS JURÍDICOS, COM O MELHOR DESCONTO!

Com a BIBLIOTECA MODULAR RT – CAMPANHA DE INCENTIVO À ATUALIZAÇÃO E À LEITURA JURÍDICA, o consumidor é o grande beneficiado. Além de poder adquirir obras jurídicas com a qualidade RT, usufrui do **RT CHEQUE: R\$ 100,00 (cem reais)** de desconto na compra de qualquer módulo, em uma das LIVRARIAS CREDENCIADAS! Cem reais! Com um desconto desses, a leitura fica muito mais fácil!

FORME JÁ SUA BIBLIOTECA JURÍDICA!

A RT é dona do maior acervo de livros jurídicos editados no país. Imagine, então, possuir parte deste acervo, com conforto e comodidade, em casa ou no escritório. Pois bem: com a BIBLIOTECA MODULAR RT, isso pode se tornar realidade! Basta visitar qualquer das LIVRARIAS RT OU LIVRARIAS CREDENCIADAS, solicitar o RT CHEQUE, adquirir qualquer dos módulos com **desconto de cem reais** e passar a desfrutar do melhor da literatura jurídica.



Atenção: promoção válida de 1/8 a 30/11/98, em qualquer das livrarias credenciadas, ou enquanto durarem os estoques. Solicite os endereços pelo nosso Serviço de Atendimento ao Consumidor: 0800 11 2433 (ligação gratuita).

Com a BIBLIOTECA MODULAR RT, o melhor da literatura jurídica está ao alcance de todos.

Visite nosso site: <http://www.rt.com.br>

Atendimento ao consumidor: 0800 11 2433

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Loja 1 • R. Conde do Pinhal, 80 • CEP 01501-060 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3107-2433 • Fax: (011) 3107-5802
Loja 2 • R. Tabatinguera, 140 • loja 2 • CEP 01020-901 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3115-2433 • Fax: (011) 3106-3772
Loja 3 • R. da Assembléia, 83 • CEP 20011-001 • Rio de Janeiro • RJ • Tel.: (021) 533-7037/7038 • Fax: (021) 533-4660
Loja 4 • R. Barão de Jaguara, 1.155 • CEP 13015-002 • Campinas • SP • Tel.: (019) 232-1280/3700/4420 • Fax: (019) 232-3554