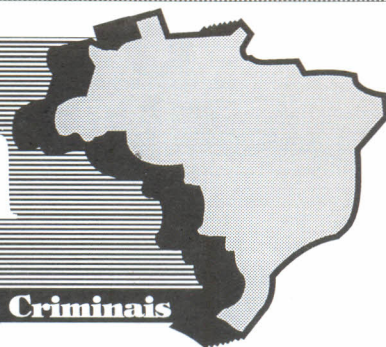


BOLETIM
EDIÇÃO ESPECIAL

ANO 5 N° 58
SETEMBRO/1997

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Temas Atuais de Direito
Penal e Processo Penal*

O REGIME PROGRESSIVO EM FACE DAS LEIS NºS 8.072/90 E 9.455/97

Alberto Silva Franco

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

O § 7º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) determina que o regime prisional inicial, relativo à pena privativa de liberdade aplicada ao autor de qualquer das condutas elencadas pelo novo tipo penal, exceção feita à hipótese descrita no § 2º, do art. 1º, deverá ser o regime fechado. A redação adotada pelo legislador denuncia, de forma indireta, seu objetivo de aplicar, na execução da pena referente à tortura, o regime progressivo, com suas três etapas.

Agindo assim, o legislador infraconstitucional ajusta o novo diploma legal às normas constitucionais que abonam os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da humanidade da pena (art. 5º, III e XLVII da CF). Nunca é demais insistir na afirmação de que o processo individualizador da pena não se restringe, apenas, à fase de cominação, em nível de legislador e à fase de aplicação, em nível de julgador. A individualização deve prosseguir na etapa subsequente, ou seja, no momento em que a pena previamente cominada e já imposta, deve ser em concreto vivenciada pelo condenado. E a única forma de executar pena privativa de liberdade, sem perder de vista o princípio individualizador determinado pela Constituição Federal, é respeitar o sistema prisional

progressivo, cuja idéia nuclear *"se enraiza na diminuição que a intensidade da pena vai experimentando como consequência da conduta e do comportamento do recluso"* (M. Cobo del Rosal & T. S. Vives Antón, *Derecho Penal-Parte General*, p. 737, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990). Excluir tal regime prisional é atentar contra explícita norma constitucional. Além disso, a eliminação do regime progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena que, na expressão de Jerschek, *"se converteu no pensamento reitor da execução penal"*. Pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara à própria sociedade na medida em que devolve o preso ao convívio social após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma verdadeira dessocialização.

O correto posicionamento adotado pelo legislador infraconstitucional, na Lei nº 9.455/97, entra, contudo, em aberto conflito com a proibição do regime progressivo, determinada na Lei nº 8.072/90, e que tem sido causa, não apenas do crescente aumento da população carcerária, em virtude do maior tempo de duração da execução da pena, mas também — o que retrata maior gravidade — de crises e de perturbações que assaltam o caótico aparelhamento prisional brasileiro.

Teria o legislador de 97 reavaliado a questão e, por via de consequência, revogado implicitamente o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, não apenas, em relação à tortura, mas também, no tocante aos demais delitos mencionados nesse dispositivo legal?

O legislador constitucional, ao explicitar, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições de caráter penal e processual penal, com referência aos delitos hediondos, de tortura, de terrorismo, e de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, teve em mira a adoção de um tratamento penal rigorosamente uniforme, equiparando todos esses tipos em sua danosidade social. A própria Lei nº 8.072/90, estabelecendo, em nível de execução penal, a exclusão do regime progressivo, não prevista no texto constitucional, preocupou-se em não criar distinções em hipóteses constitucionalmente iguais tanto que, antes mesmo do processo de tipificação da prática de tortura, já proibida, em sua relação, o regime progressivo. Agora, no entanto, em face da Lei nº 9.455/97, estabeleceu-se uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo (ainda não articulado tipicamente) e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. A colisão entre as duas posições é flagrante, evidenciando uma desuniformidade de perspectivas que contraria o sentido emprestado ao texto constitui-

onal. O ordenamento jurídico constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do regime progressivo aos condenados por tortura e que negue, ao mesmo tempo, igual sistema prisional aos condenados por crimes hediondos ou de tráfico ilícito de entorpecentes. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave em confronto com os crimes já referidos. Com absoluta propriedade, em recente artigo no qual defende um posicionamento de consequências bem mais amplas, o professor Ney Moura Teles (*"A Lei nº 9.455/97 revogou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos"*, in *Revista Jurídica Consulex*, nº 5, p. 24, 1997) enfatizou que não há, em qualquer dos crimes de tortura tipificados, algum *quid* de menor gravidade, que exigisse tratamento mais benigno do que o conferido ao terrorismo, aos crimes hediondos e ao tráfico ilícito de entorpecentes. Nada, portanto, que justificasse a construção de uma lei especial em relação à lei que impôs restrições àqueles crimes. Ao contrário, se algo houvesse de diferente nos crimes de tortura, em relação aos demais, o *quid* especializador seria exatamente no sentido de considerá-los de gravidade maior, uma vez que, pela conformação dos tipos criados, são sempre condutas através das quais alguém, dolosamente, submete outrem a *"sofrimentos agudos, físicos ou mentais, com uma finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, ou para provocar ação ou omissão criminosa, ou ainda como forma de aplicar castigo pessoal ou em razão de discriminação racial ou religiosa. Estes elementos subjetivos, aliados às formas e aos meios de execução, que acarretam sofrimento intenso da vítima, tornam os crimes de tortura de maior gravidade que os hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, se houvesse especialização, ela deveria ser no sentido de dar tratamento mais rigoroso, e não ao contrário como acontece. Tendo o legislador estabelecido na nova lei, tão especial quanto a anterior, que seja dado novo tratamento penal a um dos gêneros de crimes daquela mesma classe de crimes de grande potencial ofensivo, assemelhados pela Constituição"*, é evidente que esse tratamento deve ser ampliado, por se mostrar mais favorável, aos demais delitos equivalentes à tortura. Só assim não se rompe a unidade de sentido que o legislador constitucional emprestou à regra do inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal.

A extensão da regra do § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei nº 8.072/90, iguala hipóteses típicas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e o caráter sistemático do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional.

O autor é desembargador aposentado e presidente de honra do IBCCrim.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTB. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 16.000 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) 607-6743,
605-6482 e 605-4607
<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

LIBERDADE DE IMPRENSA, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E RESPEITO À PESSOA

Luiz Flávio Gomes

III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ninguém contesta no atual estágio cultural e social que a "liberdade de imprensa", especialmente porque apresenta-se como um dos instrumentos mais relevantes para o controle do Poder, constitui uma das inderrogáveis liberdades do moderno Estado Constitucional e Democrático de Direito. Sabe-se que foi na Inglaterra do Século XVII (por obra de **J. Milton**)⁽¹⁾ que ela ganhou seus primeiros delineamentos. **Thomaz Jefferson** enalteceu a sua importância para a informação e orientação do indivíduo. Desde as primeiras Declarações de Direitos (Virgínia, 1776; francesa, 1789, etc.) assegura-se tal liberdade, que também faz parte da Primeira Emenda à Constituição americana e aparece em todas as modernas constituições, tal como é o caso da brasileira (art. 5º, inc. IV)⁽²⁾.

Certo é que nossa Constituição, de outro lado, também prevê (inc. X) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O entrechoque desses direitos (liberdade de informar e direito à honra) configura uma das manifestações mais claras da eficácia dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares ("*Drittwirkung*")⁽³⁾, é dizer, esse núcleo fundamental da Carta Magna tem relevância frente a todos, não somente diante do Poder Público, tal como ocorria nos tempos da doutrina liberal.

Particularmente no que concerne à atividade estatal de investigar o delito, ultimamente temos notado o quão difícil tem sido conciliar interesses tão antagônicos. A imprensa tem direito de informar (noticiar), desde os primeiros passos, uma investigação criminal? Pode divulgar nomes de suspeitos e, desse modo, estrangular a sua imagem e honra, quando inocentes?

Quem tem preocupação com o respeito aos direitos e garantias fundamentais, como se vê, jamais pode aceitar, resignadamente, a freqüente afirmação de que o Direito Penal, de todas, é a área jurídica "mais fácil" porque cuida em geral "apenas" de "matéria fática". Quem diz isso, obviamente, não conhece a verdadeira dimensão do Direito Penal, que é o mais intrincado dos conjuntos normativos, sobretudo porque envolve inúmeros valores de difícil conciliação. A discussão sobre sua finalidade (meta, missão) constitui um bom parâmetro para se aquilatar a dificuldade de composição de interesses tão díspares. Já ninguém refuta que o Direito Penal tenha por missão a tutela de bens jurídicos (bens vitais eleitos pelo legislador para ser objeto de proteção legal). Que é o instrumento civilizado para prevenir o delito, tutelando-se, ao mesmo tempo, tanto a sociedade como a vítima potencial. Mas quem estuda e concebe o Direito Penal dessa maneira só conseguiu vislumbrar uma faceta da sua real extensão. Pois ao lado de proteger bens fundamentais universais (coletividade) e individuais, também é sua missão proteger os bens jurídicos do infrator, porque a violência estatal inerente ao *ius puniendi* (a pena é um mal) é tão ou mais intensa que a do autor do delito.

Não se pode questionar o direito do Estado de investigar e punir o delito. Sem essa atividade de "repressiva" (fundada, no entanto, numa finalidade preventiva) o convívio social seria um caos: *Bellum omnium contra omnes*. Ocorre que toda atividade estatal deve ser exercida dentro de limites, dentro dos ditames constitucionais, que vão muito além dos estritamente "legais". O Direito Penal, enfim, sob o manto de uma finalidade última unificadora que é a proteção de bens jurídicos, deve albergar, compulsoriamente, seja os limites da liberdade (até onde pode o cidadão agir), seja os limites da atuação estatal, particularmente na sua atividade consistente em restringir essa mesma liberdade individual.

Na sua função de investigar e punir, o Poder Público, com certa freqüência, está longe de ser respeitoso com os direitos fundamentais da pessoa. Exorbita quase sempre, de várias formas (violência desnecessária, corrupção, etc.). O mais moderno modo de destruir (injustamente) um ser humano, e nisso entra a convivência da mídia, consiste na divulgação intempestiva e irresponsável do fato que se investiga, com a conseqüente divulgação dos nomes de todas as pessoas envolvidas: suspeito, testemunhas, vítimas, etc. Emblemático, entre nós, é o caso da Escola Base⁽⁴⁾. E tudo é feito, lamentavelmente, não só de forma prematura e inconsistente, senão especialmente contra expresse mandamento legal: CPP, art. 20 ("*A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*").

O inquérito policial deve ser elaborado em "sigilo". Esse sigilo, imposto por lei, para muito além do que diz o citado art. 20, na verdade, não só se destina a tutelar um interesse público (o da investigação, que se entronca com o direito constitucional à segurança e à justiça), senão sobretudo outros particulares, quais sejam, (o de proteger) a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada de todos os (nomes) que aparecem nessa fase preliminar investigatória. Em 1994, como fruto dos trabalhos da grande comissão de juristas que foi presidida pelo ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, foi enviado ao Congresso Nacional projeto de lei que visava, dentre outros dispositivos, a reforma do art. 20 do CPP. Pretendia-se o acréscimo de um parágrafo, para constar, na esteira do que prevê a Constituição Federal (art. 5º, inc. X), o que segue: "*Durante o inquérito a autoridade policial tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua apresentação aos meios de comunicação*".

Mais que assegurar o sigilo das investigações no interesse da sociedade (o que atende à lógica da prevenção), impõe-se a preservação da intimidade e honra de todos (lógica das garantias). Assim se alcança o equilíbrio. E como os abusos, estimulados por alguma parte da mídia, são cada vez mais freqüentes, talvez chegar-se-á ao extremo de se exigir não só um dever legal de preservação desses interesses, senão a tipificação de um novo crime (de abuso de autoridade).

A divulgação prematura e irresponsável dos nomes dos suspeitos de um delito, sem que haja

prova contundente ou sequer uma acusação formal, para além de afetar o princípio da presunção de inocência e direitos básicos como honra, intimidade, etc., no fundo, expressa o que **Carnelutti**, em 1957, chamava de "*degeneração do processo*"⁽⁵⁾, que é grave sintoma de civilização em crise. É que "*a crônica judiciária e a literatura policial servem... de diversão para a cinzenta vida cotidiana... a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, aí fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indiscrições... O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras... Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços... embora fosse o único valor que deveria ser protegido*".

Todas as vezes que esse tipo de abuso acontecer, impõe-se a promoção da respectiva ação indenizatória, seja contra o poder público, seja contra o agente da mídia, tal como manda o texto constitucional. Mas, mais que isso: urge a reforma do citado art. 20 do CPP para estabelecer responsabilidade ao agente da Polícia que não tomar todas as providências para preservar o sigilo das investigações que, uma vez quebrado, tanto é pernicioso para o Estado (porque prejudica a investigação) como para a pessoa que nelas está inserida (porque afeta sua imagem, sua honra, seu prestígio, sua vida, às vezes).

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

(1) **R. REBOLLO VARGAS**, já na introdução do livro *Aproximación a la Jurisprudencia Constitucional: Libertad de Expresión y Información y Límites Penales* (PPU, Barcelona, 1992, p. 21 e ss.), traz um resumo histórico do direito de informação, assim como sua contemplação nos modernos textos constitucionais e internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 19, etc.).

(2) A respeito do desenvolvimento da liberdade de imprensa no Brasil e sua atual configuração constitucional, v. **Luís Gustavo G. Castanho de CARVALHO**, *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, Renovar, RJ, 1994, p. 19 e ss.

(3) Analisando o disposto nos arts. 18.1 e 20 da Constituição espanhola, **Pablo Salvador CODERCH** e **M. Tereza CASTIÑERA PALOU** (*Prevenir y Castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 19) destacam essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que valem, portanto, inclusive frente aos particulares.

(4) O melhor estudo crítico, até agora, do caso Escola Base, é o de **Alex RIBEIRO** (*Caso Escola Base - Os Abusos da Imprensa*, Editora Ática, São Paulo, 1995, p. 11 e ss.).

(5) **As Misérias do Processo Penal**, trad. de **J. Cardinalli**, Conan, 1995, p. 45.

O GARANTISMO E A REALIDADE

Alberto Zacharias Toron

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Prefaciando o magnífico *Diritto e Ragione*, Norberto Bobbio adverte para a importância de se fugir de dois vícios opostos representados pela teoria sem controle empírico e, de outro lado, pela prática sem princípios⁽¹⁾. Esta advertência serve, e de sobejo, não apenas para os países do terceiro mundo como o Brasil, mas, também, para não poucos da Europa, onde, apesar de uma vasta doutrina que propugna a obediência aos princípios garantidores, isto é, aqueles que resguardam o cidadão do poder punitivo estatal⁽²⁾, a prática dos diferentes sistemas penais convive, por exemplo, com prisões provisórias que subsistem por mais de um ano sem julgamento do detido.

No que nos interessa, parece que se amplia no Brasil um fosso entre as práticas do sistema policial, judiciário e penitenciário e as garantias constitucionais. Mais grave, porém, é perceber que a população quando não aplaude soluções macabras como a invasão e massacre ocorridos na Casa de Detenção de São Paulo, reclama respostas drásticas como se vê no caso dos acusados pela morte do índio pataxó. Uma medida disto nos dão as críticas lançadas contra a magistrada que proferiu a decisão desclassificatória, muitas delas completamente disparatadas, que procuravam associá-la ao fato de os acusados pertencerem à classe média, ou, mais ignóbil ainda, ao fato de o marido — uma das grandes expressões que honra a cidadania na Suprema Corte — ser primo do ex-presidente Collor, numa tentativa de sugerir, pelo parentesco, alguma coisa ligada à corrupção, desvio de caráter, ou coisa parecida.

Chama atenção que a reação dos setores comprometidos com as garantias constitucionais não tenha conseguido o mesmo espaço para veicular os apoios necessários aos casos em que juízes comprometidos com os valores constitucionais põem-nos em decisões. Parece, por isso, importantíssimo que os órgãos ligados aos direitos humanos, entidades como o IBCCrim e mesmo alguns órgãos estatais como o Conselho de Defesa da Pessoa estejam unidos em torno da consecução de um programa de ação para intervir nas questões afetas ao sistema penal. Intervindo em fatos do cotidiano, forenses ou não, é a maneira mais segura para que a partir das pequenas coisas possa haver uma mobilização cada vez maior dos interessados.

É, por exemplo, consternador verificar que em pleno governo democrático um poderoso porteiro da Casa de Detenção em São Paulo tenha o topete de barrar um estagiário devidamente inscrito na OAB que deseja visitar um preso. É verdade que o mandato

de segurança resolveria o problema, mas mesmo se a ordem for concedida, pois falar com o detido nunca foi "ato privativo do advogado", o funcionário ficará sem sofrer sanção alguma pelo abuso. Há que se ter uma ação incisiva no sentido de que os pronunciamentos jurisdicionais atentem para os efeitos secundários das decisões e atentem para os casos de abuso de poder contra prerrogativas profissionais (Lei nº 4.898/65, art. 3º, letra j). Só assim o funcionário, neste e em outros casos, começará a pensar duas vezes antes de barrar o estagiário. O mesmo vale para situações ocorridas na polícia, quando, por exemplo, não se deixa o advogado ficar a sós com o cliente preso.

Noutro pólo, custa a crer que, embora a Constituição garanta a presunção de não culpabilidade, a Col. Primeira Turma do STF, depois de julgados históricos que afastaram a intelecção segundo a qual inquéritos arquivados ou ações penais em andamento implicam maus antecedentes⁽³⁾, venha a readmitir tal mácula, acentuando que "a presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes" (HC 73.394-8, rel. min. **Moreira Alves**, m.v., DJ 21.03.97). Valeria aqui — não fossem os quase dez anos da Constituição — a lembrança de um escrito do grande jurista baiano, **Gerson Pereira dos Santos**, quando ao falar sobre o sistema de penas instituído pela reforma penal de 85, salientou que não é tarefa fácil afastar os fantasmas do "velho sistema"⁽⁴⁾. Importa, contudo, registrar que este retrocesso, repellido pelo eloquente ministro **Celso de Mello**, além de chocar-se frontalmente com uma exegese básica da regra do art. 5º, LVII, da Constituição, pois significa considerar como mau um fato ainda não julgado, reflete uma posição nitidamente partidária de um direito penal do terror.

Noutro campo, isto é, no do cotidiano das ações penais, é enormemente desequilibrador da balança da justiça e, particularmente, do contraditório, o fato de que em todas as apelações o representante do Ministério Público possa lançar seus pareceres, via de regra peças da mais alta qualidade, por último. Sim, porque não raro, embora sob o rótulo de "fiscal da lei", desenvolvem acusações muito mais contundentes que o próprio órgão da acusação. Sobretudo nas hipóteses em que este é recorrente e, por último, novamente, a Procuradoria Geral de Justiça se manifesta. É imperioso que a defesa, neste caso, até para o resguardo da amplitude do direito de defesa, manifeste-se por último.

Sobre o tema é imperdível a leitura do magnífico e corajoso artigo do promotor de justiça **Rogério Schietti Machado Cruz** (DF), especialmente quando realça que o

atuar como fiscal da lei não retira a carga acusatória do representante do *parquet* em segunda instância. Nos seus termos: "Assim como a forma não desnatura a matéria, mas apenas modifica sua aparência, o parecer do procurador de justiça não elimina, mas tão-somente *esconde* a função acusatória que, nas alegações finais ou na denúncia do promotor de justiça, se revela bem mais nítida. Ou será — indaga o ensaísta — que estas últimas peças processuais retiram do Ministério Público atuante no primeiro grau a sua função fiscalizadora?" ("Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia", RT 737/495 e **Boletim IBCCrim** nº 53/05).

A propósito, é digna de elogio a regra regimental do TJSP, a qual determina que o representante do Ministério Público fale em primeiro lugar nos recursos em que seu órgão de primeira instância for recorrente (art. 470, inc. VI). Isto é corolário direto e indefectível do contraditório. É que, como explicitou o saudoso professor **Canuto Mendes de Almeida**:

"Praticamente o princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis" (in **Princípios Fundamentais do Processo Penal**, SP, ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 107).

Podendo, remarque-se, a manifestação derradeira do MP ser "carga contra o réu", já que pode se colocar ao lado do órgão recorrente de primeira instância, é evidente, por força do contraditório, da garantia do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, que não pode ser a última. Aliás, nas queixas-crime regidas pela Lei de Imprensa, onde se tem admitido que o representante do *parquet* manifeste-se por último, pois não atua com parte, o próprio STJ já se pronunciou pela nulidade deste tipo de proceder (RHC nº 4.457-SP, 6ª T., rel. min. **Adhemar Maciel**, m.v., j. 13.11.95, DJ 24.06.96).

A idéia de se apanhar temas do cotidiano está ancorada numa estratégia de iniciar uma ampla mobilização, com o maior número de profissionais, em torno da concretização das garantias. Sim, porque o tempo dos discursos longos, vagos e genéricos já se foi.

O autor é advogado, mestre em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal da PUC-SP e ex-presidente do IBCCrim.

(1) Ob. cit., Roma, ed. Laterza, 1989, p. VII.

(2) Sobre o tema é imperdível a leitura de "O juiz e o modelo garantista", da lavra de **Alberto da Silva Franco** no **Bol. IBCCrim**, 56/02.

(3) RT 690/390.

(4) **Inovações ao Código Penal**, Saraiva, 1985, p. 20.

VISÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

J. J. Calmon de Passos

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Sinto-me hóspede: grato pela acolhida, mas contido, deve estar um estrangeiro. Também experimento a emoção de quem retorna à casa paterna. Minhas primeiras paixões ocorreram no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, como membro do Ministério Público.

Pedem-me uma visão crítica do Direito Penal e do Processo Penal. Como entender essa expressão? Implica postura questionadora de quem, antes de falar sobre algo, indaga a respeito do que é, em verdade, esse algo que se pretende analisar. No nosso caso, perguntar: o que são o delito e a punição a ele associada. Acredito seja perguntar sem resposta satisfatória, caso não indagemos, antes, criticamente, sobre o próprio Direito.

Tudo que diz respeito ao Direito comporta abordagem tanto dogmática quanto zetética. Na primeira, partimos de um dado, que se coloca a cavaleiro de qualquer discutibilidade; perseguimos uma *resposta*. Na segunda, esse dado, antes de ser aceito, é questionado; predomina a *pergunta*. Uma visão crítica é sempre e necessariamente zetética, mas tanto pode ocorrer no interior do desdobramento do pensar dogmático, quanto, externa e precedentemente, no tocante ao próprio postulado. Do primeiro tipo é a denominada dogmática penal crítica, bem como a criminologia crítica. Não será dessa natureza o nosso enfoque. Pretendemos problematizar o próprio Direito e sua compreensão. Do pouco que pude e fui capaz de realizar como jurista, retirei algumas convicções. Friso — convicções, não certezas. A convicção é uma certeza pessoal necessária para não viajarmos à deriva. A verdade é uma certeza que submete a todos. Não ter aquela, é estar sem leme e sem bússola. Acreditar nestas, é entronizar a intolerância e institucionalizar o imobilismo.

Primeira delas é a de que ou abandonamos o que gosto de chamar de "visionarismo" jurídico, ou jamais chegaremos a algum lugar. Nada é ontológica ou onticamente jurídico, lícito ou ilícito. Enquanto procuramos o Direito em algo objetivamente perceptível, jamais o encontraremos ou saberemos o respeito dele. Reproduzindo uma imagem simplória, muito de meu agrado. Se não é sólido, nem líquido, nem gasoso, nem animal, nem vegetal, nem mineral, desprovido, ainda, de estrutura celular, molecular ou atômica, não existe como objeto da natureza, sendo insuscetível de percepção, experimentação ou descrição. Consequentemente, é um *construído* pelo homem, um dizer comunicativo sobre algo, "um *resultado* que só existe e se realiza numa prática interpretativa". Em síntese — é linguagem, é

comunicação. Sem o homem, inexistente. E somente é o que os homens dizem que ele é, mesmo que seja inviável dizê-lo de modo aleatório, inconsequente e irracional.

Trabalhando, ainda, com metáforas. Os cristãos falam em espírito que se encarna e, encarnando-se, faz da matéria algo que a transcende. Antecede-a e precede-a, é o permanente, enquanto a matéria é o transitório. Com o Direito, dá-se precisamente o oposto. É espírito a procura de matéria que lhe dê consistência. Ela o antecede e o precede, é o permanente e ele o transitório. Ali, desmaterializado, o espírito é, pois nele está a essência do ser. Aqui, desmaterializado, o espírito é puro nada enquanto não incorporado na matéria que transitoriamente o acolha, permitindo-lhe ser. A matéria em que se encarna o Direito, ensinando-lhe o existir, é a estrutura material, econômica, política, cultural do grupo social em que opera.

Por força disso é que tenho como atitude adequada para o jurista partir, sempre, dogmaticamente, da indiscutibilidade do prescrito e, zetética e dialeticamente, questioná-lo em termos de adequação e razoabilidade em confronto com a estrutura material em que deve ser encarnado. Duas dimensões que, antes de rigorosamente autônomas ou incomunicáveis, são como as faces de uma moeda: enquanto a zetética predomina no *cogito*, sem nele ser exclusiva e decisiva, cede à dogmática no *facere*, quando o Direito se fenomenaliza como decisão.

Segundo convencimento é o de que Direito e Conflito, consequentemente Direito e Poder, são indissociáveis. O conflito é a razão de sua existência e o poder a condição de sua efetividade. É impensável dissociado de qualquer dos dois. O Direito encontra sua justificativa no conflito social, como forma última e decisiva de solucioná-lo eficazmente, assegurando-se ordem ao que, entregue a si mesmo, jamais seria ordenado — o conviver dos homens, pelo que não prescindem do poder.

Numa terceira etapa, convenço-me de que a solução impositiva dos conflitos requer alguma forma de legitimação, o que se dá mediante um operar ideológico que induz, de modo satisfatório, a aceitação da submissão pelo grupo social. Associa-se, aqui, Direito a Justiça, usado este termo para designar a procura da medida histórica e conjunturalmente adequada para dimensionar e solucionar os conflitos de interesses. Acredito que hoje, salvo algum sectarismo inaceitável, todos estamos de acordo quanto à impossibilidade de afirmarmos sua objetiva e determinável existência. O justo é tão *construído* e tão *resultado* quanto o jurídico, porquanto, à semelhança dele, inexistente como objeto da natureza. Também um espírito a procura de um corpo para poder existir. Nem o antecede (pois é mera possibilidade) nem o precede, pois fora dele

e perecendo ele esvai-se radicalmente. Volta a ser a mera possibilidade de antes.

Devendo o Direito ser produzido, assume particular relevo o problema do processo de sua produção; e porque indispensável produzi-lo como decisão incontestável, impossível dissociar o processo de sua produção do poder político institucionalizado. Direito e processo de sua produção vinculam-se não como meio e fim, sim como algo que, sendo complexo em sua dinâmica, é único em sua estrutura. O Direito é aquilo que é obtido como produto do processo de sua produção. Disso retira-se o convencimento de que nenhum problema jurídico é suscetível de compreensão e solução sem que se tenha em conta o contexto social em que é institucionalizado (sua matéria-prima), a qualificação dos operadores (os investidos do poder de produzi-lo), a excelência do equipamento (a organização política em que atuam os operadores) e das técnicas (os procedimentos) utilizadas.

Essa percepção, casada com tudo quanto antes concluído, leva-nos a colocar o núcleo do jurídico no político. Há um dizer sobre o Direito, enquanto mera possibilidade, espírito a procura de um corpo para existir, mas sua encarnação é inviável dissociada do ato de poder. É ele só é, como realidade, no tanto da possibilidade que se fez atualidade mediante um ato de poder. Consequentemente, o Direito é sempre dependente do substrato cultural e do tipo de organização do poder político do grupo social que o produz. O Direito é uma dimensão do político. Técnica indispensável à definição de limites à liberdade social, mediante a institucionalização de sanções garantidoras da efetividade de um sistema de não-liberdades.

Para finalizar a reflexão, cogito sobre o fenômeno do poder, este, sim, um fato, uma relação que jamais é espírito, sempre corpo, ato, concreção, realidade. E o poder vincula-se a causas que o predeterminam, definem e limitam? Respondo negativamente. O poder é sempre ato de dominação levada a efeito até onde o diferencial, no caso concreto, o permite. Este é que o define e delimita. Socialmente, o diferencial é resultante de um complexo processo de ajustamentos e confrontos, acordos e desacordos que se efetivam no espaço político, cujas raízes, por sua vez, se nutrem do húmus da ordem material e econômica, por força do imperativo que submete e mobiliza todos os homens — a satisfação de suas necessidades, necessidades que se projetam para além do estritamente biológico e alcançam a dimensão esgarçada e elástica dos desejos.

É sobre esse pano de fundo que o Direito é posto como proposição e imposto como decisão. No mundo do Direito, também o





Direito Penal. Assim como a compra e venda é algo de existência apenas conceitual, para compreender-se um agir humano e imputar-lhe consequências, assim é também com o homicídio ou a apropriação indébita. O Direito Penal não se pode atribuir nenhum privilégio de ser um segmento do jurídico com feição peculiar, que o colocaria ao lado do outro Direito, mas diferente e independente dele. Na verdade, antes de ser penal, é Direito e como tal marcado por toda a contingência que vem de ser analisada.

Daí me parece que se impõe mudarmos o enfoque de nossa abordagem do jurídico.

Antes de pensarmos o delito, indagarmos o por que e para que criminalizar, não abstrata e idealisticamente, sim tendo sempre em consideração a estrutura material sobre que se pretende operar juridicamente. Sabido isto, pode-se refletir sobre como prevenir o comportamento criminalizado e como puni-lo, sem hipocrisia, subterfúgios ou metáforas. Todo sistema jurídico institucionaliza certo modelo de dominação. Quanto mais transparente ele se revelar, mais exigente será a tarefa de sua legitimação, disso resultando, sempre, um ganho individual e social. Esse operar só é viável e frutuoso no espaço político. Nele também se situa, em sentido lato, o jurídico, mas na sua função

específica que, se desvirtuada, redundará em disfuncionalidade e instabilidade institucional, dada a impotência do Direito para suprir o colapso do político e a impossibilidade do político de atender ao que, no seu todo, é específico do jurídico.

Concluindo. Urge cuidar das raízes, para que tenhamos bons frutos, ao invés de, ingenuamente, acreditarmos que cuidando dos ramos e das folhas salvamos a árvore, quando o mal que a ameaça está naquelas, que se ocultam sob o solo de que emerge.

O autor é procurador de justiça na Bahia e professor catedrático da Universidade Federal do mesmo Estado.

O "MODELO GARANTISTA" DE LUIGI FERRAJOLI

Antonio Magalhães Gomes Filho

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Direito e Razão: *Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli⁽¹⁾, é uma obra monumental, não só pelo seu volume (mais de 1.000 páginas!) e densidade, mas sobretudo por constituir verdadeira homenagem ao Direito Penal liberal. Embasado em invejável pesquisa bibliográfica, como se constata pelas substanciais notas incluídas a final de cada capítulo, é, com efeito, um trabalho completo e definitivo, que não cuida exclusivamente do Direito Penal e do Processo Penal, mas deles se utiliza para compor, mais amplamente, uma verdadeira teoria do Estado de Direito.

Dentre as inúmeras facetas que poderiam ser ressaltadas nesse livro, a que mais o caracteriza e distingue é o seu acentuado caráter político; escrevendo com uma clara paixão iluminista e liberal, o autor não se limita à descrição do que é o sistema punitivo, mas igualmente o submete a aguda crítica e propõe a sua transformação, sugerindo caminhos para aquilo que *poderia* ou *deveria* ser⁽²⁾.

Para tanto, Ferrajoli elabora um sistema normativo completo — que constitui o eixo central de todo o trabalho —, teoricamente apto a defender a liberdade do indivíduo contra as pretensões ofensivas do poder estatal. Trata-se do que denomina "modelo garantista" evidentemente ideal, cujo valor está sobretudo em servir de parâmetro para indicar o "grau" de garantismo de cada sistema concreto.

Partindo do emprego dos termos *pena*, *crime*, *lei*, *necessidade*, *ofensa*, *ação*, *culpabilidade*, *julgamento*, *acusação*, *prova* e *defesa*, cada qual (salvo o primeiro) indicando uma condição necessária para a aplicação da sanção penal, o autor formula, em seguida, os dez *axiomas garantistas*, que representam as regras do jogo fundamentais do Direito Penal no Estado de Direito, a saber:

A 1 - *Nulla poena sine crimine* (princípio de retributividade ou da "consequenzialità" da pena em relação ao crime);

A 2 - *Nullum crimen sine lege* (princípio de legalidade, em sentido lato ou em sentido estrito);

A 3 - *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

(princípio de necessidade ou de economia do Direito Penal);

A 4 - *Nulla necessitas sine iniuria* (princípio de ofensividade ou da lesividade do evento);

A 5 - *Nulla iniuria sine actione* (princípio de materialidade ou da exterioridade da ação);

A 6 - *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

A 7 - *Nulla culpa sine iudicio* (princípio de jurisdicionalidade em sentido lato e em sentido estrito);

A 8 - *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusador);

A 9 - *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou de verificação);

A 10 - *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório, ou da defesa, ou da falsificação).

Desses dez axiomas, concatenados de forma que cada qual dos termos utilizados implique, por sua vez, o sucessivo, o autor faz derivar, através de simples silogismos, quarenta e cinco *teoremas*, pois todos os termos implicados são enunciáveis como consequentes de outras tantas implicações que têm como antecedentes todos os termos que lhe precedem no sistema. Assim, por exemplo: *nulla poena sine lege* (T11), *nulla poena sine necessitate* (T12), *nulla poena sine iniuria* (T13), etc., até *nulla poena sine defensione* (T19); ou ainda *nullum crimen sine necessitate* (T20), *nullum crimen sine iniuria* (T21), e assim por diante.

São, ao todo, cinquenta e cinco teses (as dez originais e as que lhes são derivadas), que configuram o referido *modelo garantista*. A função específica das garantias expressas nesses enunciados, adverte Ferrajoli, não é de consentir ou legitimar, mas antes de condicionar ou vincular — e portanto deslegitimar —, o exercício absoluto do poder punitivo. São barreiras, obstáculos à utilização indiscriminada da punição, cuja transgressão torna ilegítima a sanção penal.

A originalidade dessa construção consiste, principalmente, na idéia de inseparabilidade das diversas garantias penais e processuais, tornando evidente a ilegitimidade dos sistemas que, embora consagrando determinados princípios garantistas, mostram-se

desatentos para outros. De nada valeria, por exemplo, proclamar a legalidade dos crimes e das penas se, no final, não são assegurados o contraditório e a defesa ao acusado. Só a observância conjunta de todos os postulados pode caracterizar um sistema concreto como verdadeiramente garantidor da liberdade individual.

É preciso ressaltar, entretanto, que se trata de um modelo ideal, provavelmente utópico. Seu valor é sobretudo político, servindo como paradigma na luta pela transformação não somente dos sistemas positivos, mas principalmente da real atuação dos aparatos estatais, até porque outra característica da obra é a permanente contraposição entre "ser" (as práticas operativas) e o "dever ser" (os modelos normativos) do Direito.

Sob o aspecto prático, tal *modelo* também deve servir aos juristas e operadores do Direito para duas finalidades mais imediatas: primeiro, como parâmetro de interpretação da constituição e das leis ordinárias, de tal modo a torná-las adequadas à proteção da liberdade do cidadão; em segundo lugar, como instrumento para a crítica do Direito positivo e, principalmente, das práticas operativas que não levem em conta aquelas garantias⁽³⁾.

A honrosa e importante presença do notável mestre no III Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais representa, assim, uma oportunidade única para o aprendizado e a reflexão sobre tão fecundas idéias, especialmente em face das enormes contradições de nosso sistema repressivo.

O autor é professor associado de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁽¹⁾ Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, Roma, Laterza, 1990. Há tradução espanhola, publicada pela Editorial Trotta, Madrid, 1994.

⁽²⁾ Pietro Costa, *Un modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica*, in Letizia Gianformaggio (org.), *Le Ragioni Del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 1993, p. 14.

⁽³⁾ Riccardo Guastini, *I fondamenti teorici e filosofici del garantismo*, in Gianformaggio (org.), cit., p. 51.

AS REFORMAS PONTUAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Fauzi Hassan Choukr

"Só quero saber do que pode dar certo.
Não tenho tempo a perder".

Fito Paez

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Qual sistema
processual
penal?

A pergunta é pre-tensiosa, mas deve ser enfrentada. Pode ser colocada também nos seguintes termos: o que a sociedade espera de um sistema persecutório penal e, em contrapartida, o que este sistema pode devolver a essa sociedade. O problema, antes de ser jurídico, é político, suas bases não estão no ordenamento positivado mas nos valores que o fundam.

A teor da literatura filosófica que se queira adotar, pode-se estar falando da norma fundamental de Kelsen (*Teoria Pura do Direito*) ou dos valores culturais fundadores de um sistema jurídico na linguagem de Eros Grau (*Direito Posto e Direito Pressuposto*).

Para simplificar um pouco a discussão, partamos daquilo que temos em mãos como consolidação de valores dominantes do ponto de vista político e que tendem a reger uma determinada sociedade: a Constituição. Não se fala aqui senão de um texto constitucional fundado dentro dos padrões democráticos, onde as várias correntes valorativas inseridas no seio social podem se manifestar, até que uma delas venha, dentro de um processo legítimo de exercício de poder, transformar em norma suas proposições.

A linguagem é de Miguel Reale no seu *Pluralismo e Democracia* (especificamente no texto "Direito e Poder"), onde apresenta com clareza ímpar sua visão da nomogênese jurídica.

Nesse passo o que nos dá a Constituição em termos de valores a serem seguidos no processo penal é algo substancialmente diverso daquilo que conhecemos na história constitucional até 1988. Já não se trata mais da mera repetição mecânica das garantias individuais presentes em todas as Constituições passadas e nesta repetida à saciedade.

Com efeito, desde a Constituição do Império de 1824, passando por todas as repúblicas, inclusive a mais ditatorial (1937), conhecemos em sede de Carta Magna a declaração de direitos, ainda que sob o aspecto meramente retórico e sujeito a supressões como no exercício autoritário de Vargas (1937/1945) e no contexto do regime militar (1969).

A Constituição em vigor, no que tange ao processo penal, é mais que uma carta de direitos mínimos, ela verdadeiramente impõe um sistema processual penal de caráter exclusivamente acusatório, quadro esse não completamente entendido pelos operadores do Direito de forma geral e pelos

processualistas penais em particular.

Aliás, de tantas coisas que a comunidade jurídica ainda não conseguiu absorver em relação ao que a Constituição explicitamente diz, existe outro ponto de crucial importância: a inserção, no cenário nacional, das normas integrantes de tratados internacionais versados em direitos fundamentais assinados, ratificados e internalizados no cenário brasileiro. Salvo raras exceções doutrinárias e alguns lampejos jurisprudenciais, a comunidade jurídica nacional fecha os olhos para o óbvio. Oscar Wilde tem a palavra.

As bases desse sistema acusatório, expressão inseparável da democracia no processo penal, pululam por todo texto constitucional. Inegavelmente é encontrada sua base no art. 5º, em diversas passagens: contraditório e ampla defesa (a mais citada das garantias por dez entre cada dez processualistas), juiz natural, igualdade e, a mais festejada de todas as garantias (vez que pela primeira vez explicitada), a presunção de inocência, que dá ao acusado o *status* de sujeito do processo e não seu mero objeto, com todas as consequências humanitárias daí naturalmente decorrentes.

Mas não é só. Um artigo de grande importância e lamentavelmente mal inserido topograficamente na Constituição merece ser destacado: a titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, com o que se separa definitivamente as funções de promover a ação penal e julgá-la, que é uma das bases do chamado sistema acusatório.

A norma destacada está prevista no art. 129, I, da Constituição. Sua posição dá ao tema um indesejável sabor corporativo, como se se tratasse de mera conquista de mercado pelo Ministério Público. Fica mais sem sentido ainda quando se observa a disciplina da ação penal privada subsidiária da pública inserida no art. 5º que, por sinal, é cláusula pétrea a teor da disciplina do art. 60, IV. O desatino do legislador fez com que a norma principal pudesse ser objeto de alteração por via de emenda, enquanto que a subsidiária não...

O sistema processual penal é, pois, o acusatório, com toda sua fundamentação democrática. E se choca definitivamente com o Código em vigor, de índole marcante inquisitiva, onde as meras concessões democratizantes foram feitas ao sabor do momento, como a norma do art. 28, então só existente em face da forma como o Ministério Público estava então estruturado.

A incompatibilidade filosófica, política, cultural entre o Código de Processo Penal e a Constituição (mais exatamente na ordem inversa, face à primazia desta última), por si já seria suficiente para que a comunidade jurídica e política passasse a lutar pela reconfiguração completa, caminho este que foi

abandonado em favor das reformas parciais e incoerentes do ponto de vista sistêmico como adiante se verá.

Histórias, mitos e lendas no processo penal: dificuldade da reforma global e contrapontos do direito comparado

Há no contexto jurídico um consenso cuja origem não é determinada historicamente no sentido de afirmar-se que não é viável a construção de um Código de Processo Penal, sujeito que estaria a muitas intempéries em face do não bem estruturado processo legislativo. Embora rarissimamente assumido em textos escritos, os intelectuais do processo e da política assim se manifestam nos bastidores e se contentam com as reformas parciais. O que há de verdade nesse argumento é algo que precisa ser refletido com muita cautela e deve ser analisado com olhos no Direito interno e nas experiências internacionais. Fiquemos no primeiro plano por ora.

Não é aceitável o argumento da dificuldade do processo legislativo em face de tudo quanto já foi produzido em termos codificados depois de 1988, por determinação expressa da Constituição. Dois casos são marcantes: o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. Ambos modernos, inovadores, pretensiosos, calcados em experiências alienígenas e que pela sua forma de estruturação e pelos valores que encerram poderiam ser alvo fértil de obstáculos intransponíveis dentro do processo legislativo e não o foram.

Não apenas estes textos codificados merecem atenção. O novo Código Nacional de Trânsito, a Lei Orgânica do Ministério Público, os processos de reforma do Código Nacional de Telecomunicações e da Lei de Imprensa (por si um "código") estão no mesmo contexto e podem ser invocados em desfavor do argumento predominante.

Como se vê, o processo legislativo não pode ser invocado como obstáculo intransponível para a construção de um sistema instrumental penal em conformidade com os valores constitucionais. Pode não ser o melhor dos mundos, mas não é suficiente para impedir a necessária reforma global.

A experiência de Direito comparado irá nos mostrar que a estabilidade política em que nos encontramos tende a ser um estímulo para a recodificação global. Outros países, dentro do mesmo contexto político que o nosso — ou muitas vezes em situação muito mais turbulenta — reconstruíram totalmente seus códigos processuais penais sem que com isso houvesse uma ruptura democrática. Sigam-se os exemplos.





• Reforma processual penal italiana

Das mais festejadas novidades no campo processual penal, a reforma italiana, pela sua coragem de inovação e pelos problemas políticos que enfrentou ao longo de quase três décadas, sempre foi a de maior destaque.

Sua cronologia pode ser encontrada na obra de **Chiavario (Mario. *Procedura Penale - Un Codice tra "Storia" e Cronaca*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994)**, narrativa que expõe as dificuldades do processo legislativo e as turbulências políticas que foram sendo superadas até que entrasse em vigor o novo Código, obviamente não apenas sob os aplausos de seus contrutores mas sob as críticas e desconfiças que cercavam a comunidade jurídica dada a radicalidade da reforma que acreditavam ser por demais liberal.

O próprio **Chiavario** narra as críticas em outro texto (C., **Mario. *Procès Pénal et Droits de l'Homme - Vers Une Conscience Européenne***, sob a direção de **Delmas-Marty**, Meireille, Paris, PUF, 1992), onde aponta que o código então recém-entrado em vigor seria feito para a Máfia. Menos de dois anos depois a operação "mãos limpas" desmentiu tais críticos.

A experiência italiana, embora profundamente diversa no que tange ao processo legislativo, é rica no que diz respeito às turbulências políticas. Lá, ao longo de inúmeros governos quase que mensalmente descartáveis, perdurou o trabalho científico a despeito das intempéries políticas e o produto final, embora não infenso a críticas, foi positivo.

• Reforma processual penal portuguesa

Num contexto não muito diverso está a reforma processual penal portuguesa, o Decreto-Lei 78/87, de 17 de fevereiro. Valem ser lembradas as palavras do então primeiro ministro Cavaco Silva na exposição de motivos: "*Depois de diversos propósitos e tentativas, algumas com começo de execução, que se foram esboçando ao longo dos anos, ingressa, por fim, na vida jurídica portuguesa um novo Código de Processo Penal. Só as obras não significativas são incontroláveis; o Código que agora passa a ocupar o espaço do de 1929 e da legislação avulsa que, dispersa e, por vezes, incoerentemente o complementou surge, no entanto, em resultado de uma ponderada preparação e de um debate institucional alargado.*"

Das palavras oficiais a lição que merece destaque é a do reconhecimento de ser a reforma pontual necessariamente inconsistente do pondo de vista orgânico e que a estruturação de um modelo processual passa, necessariamente, pela reflexão e ponderação. A reforma pontual legisla para o momento; a codificante para gerações.

• Reformas processuais penais no âmbito da América Latina

Mesmo no cenário latino-americano inúmeras experiências globais de recodificação foram ensaiadas e consumadas e devem ser lembradas aqui, não pela similitude de seus processos legislativos, mas pela afinidade da reconstrução democrática vivida por

quase todos os países latinos nos últimos vinte anos.

Dentro deste contexto tivemos reformas globais na Argentina (1991), Uruguai (1981), Peru (1994), Colômbia (1991), Guatemala (1992) e carecem de reestruturação o sistema mexicano e chileno, sobretudo este último, com um projeto de código aprovado desde 1996 mas ainda não em vigor.

O que se pode dizer a partir dessa cronologia é que o movimento reformista do processo penal anda necessariamente de mãos dadas com as reformas constitucionais que advieram da superação dos regimes autoritários. A lição já havia sido dada por **Goldschmidt** na década de 30 e, entre nós, já há algum tempo, por **Frederico Marques**. O processo penal depende da Constituição não apenas enquanto fonte normativa, mas como fonte de valor, como de resto é o caso do sistema penal como um todo.

• O Código de Processo Penal-Modelo

Merece igual destaque no que tange à latino-américa a edificação do Código de Processo penal Modelo (ou Tipo), fruto de insuperável esforço doutrinário e já com inúmeros reflexos no Direito positivo interno de vários países deste continente (Uruguai e Costa Rica, por exemplo).

Como sustentado por **Grinover e Barbosa Moreira**, "*...elaborar um Código-Tipo significa, então, elaborar um sistema institucional, uma proposta básica, mas concreta e operativa, de um conjunto de mecanismos aptos para solucionar os conflitos sociais, de modo pacífico e através das instituições judiciais*" (in **Projeto de Código Processual Penal-Tipo**, Revista do Processo, vol. 61).

A opção mais simples: as reformas pontuais

Se no plano legislativo as experiências concretas demonstram a possibilidade de reconstrução do modelo processual penal em democracias emergentes, no plano acadêmico o Código-Modelo é uma prova concreta de que os esforços doutrinários podem chegar a termo satisfatório quando politicamente assim se deseja.

O Brasil abandonou os dois caminhos e trilhou o seu próprio, não dos mais felizes, neste ponto aproximando-se muito da situação mexicana que, *venia concessa*, não é das mais salutares.

De fato, a simetria é muito grande. A Constituição do México (1991) reestruturou o processo penal instituindo regras que, a rigor, não são matérias tipicamente constitucionais, dificultando assim o processo de reforma da legislação ordinária, efeito imediato em situações onde o texto constitucional diz demais, por vezes dizendo o que não deve ou não dizendo aquilo que deveria.

Por outro lado, um dos grandes argumentos para as reformas pontuais é o de que "algo precisa ser feito", pois não se pode conviver com a estrutura vigente — de resto arcaica, anacrônica — e não se pode esperar o forçosamente lento processo global. Tal fenômeno de argumentação já foi analisado por **Hirschman**, identificando os seguintes pontos dentro da retórica reformista:

a) a reforma deve ser adotada pois do modo como as coisas estão em breve nos depararemos com uma "dificuldade desesperadora" que tornará imprescindível a ação imediata, independentemente de quaisquer consequências;

b) os pontos adotados pela reforma são integrantes do "curso da história";

c) as reformas progressivas consolidam conquistas das reformas anteriores.

Hirschman, Alberto O. *Auto-Subversão - Teorias Consagradas em Xeque*, Cia. das Letras, SP, 1996. Embora escrita por um sociólogo pensando em economia, tal identificação amolda-se perfeitamente ao problema processual ora destacado.

O próprio autor nos dará a contra-argumentação necessária para tais postulados, sobretudo o de feição alarmista que parece ser o mais usado na retórica política. Mas a reforma pontual, se ganha espaço justamente com o emprego do argumento apocalíptico, reproduz na essência todos os pontos acima apontados.

Veja-se, por exemplo, a idéia da "justiça penal consensual", sempre apontada como o caminho "necessário" do modelo repressivo — e não apenas aqui, mas em grande parte do cenário acadêmico internacional — (item "b", supra) e a reprodução de reformas das reformas fragmentadas, justamente para consolidar o que anteriormente foi feito como foi a pena de multa, com a nova disciplina do art. 51 do Código Penal em face da Lei nº 9.099/95 (item "c", supra).

Bem ou mal (e mais para mal do que para bem), as reformas pontuais estão aí. Urge, pois, arcar com suas consequências, algumas delas abaixo expostas.

O preço da simplicidade:

• Acomodação dos erros e dispersão das idéias codificadoras

Uma das consequências mais desastrosas da pulverização legislativa através das reformas pontuais é que as incoerências sistêmicas e mesmo os erros técnicos tendem a ser tratados com benevolência ímpar pelos operadores do Direito. Esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada, pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma. As sucessivas edições normativas deslegitimariam o processo parcial e, na verdade, chamariam a atenção para a necessidade da reforma total.

São inúmeros os exemplos dessa situação. A Lei nº 9.099/95 traz esse problema quando da imposição de uma pena sem processo. Os esforços doutrinários para sustentar que não se trata de uma pena "penal" e que a sentença nesse caso não é condenatória (?) mas sim declaratória (!) são punyentes. Para acomodar a situação, a reforma do art. 51 do Código Penal, impeditiva da conversão da pena pecuniária em restritiva da liberdade fala em "dívida ativa", criando outro problema interpretativo de extensa magnitude, na medida em que dívida ativa sempre teve conceituação jurídica extremamente bem definida.

Outro exemplo. A Lei nº 9.437/97 que





criou o Sistema Nacional de Armas, a despeito de tantas incoerências axiológicas, criou um tipo penal absolutamente inconstitucional que é o apenamento da pessoa que já possui condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 10, § 3º, IV), mas que a doutrina teima em salvar criando interpretações para moldar tal inciso dentro de um mínimo padrão de constitucionalidade.

Ainda no âmbito processual, a lei de combate ao crime organizado cria a figura de um "juiz investigador" de maneira frontalmente contrária a tudo quanto a Constituição disciplina para a figura do juiz, que hoje não mais é um obstinado descobridor da verdade — esta necessariamente a ser construída pelas partes em atividade contraditória — mas sim um guardião dos direitos constitucionais e da regularidade do devido processo legal. A comunidade de operadores do Direito queda silente em relação a isto e continua a clamar juntamente com uma sociedade desinformada pela necessidade de uma repressão mais efetiva ao crime organizado.

Ao lado deste aspecto, a reforma parcial, mais cômoda, mais célere e mais lucrativa (politicamente) nubla os valores maiores da codificação, tradição do sistema da *civil law* e mesmo reclamada em certos setores da *common law*.

E não de hoje. Mesmo na Inglaterra de há muito existe a batalha pela codificação (Bobbio, *Positivismo Jurídico*, Ícone Ed.; Pradel, Jean. *Droit Pénal Comparé*, Daloz, Paris, 1995), em que pese a forma de estruturação do Direito anglo-saxão (Davi, René. *O Direito Inglês*, Martins Fontes, SP, 1997).

Os valores falados quando se pensa na codificação estão sobretudo ligados à coerência interna do sistema (este calcado em um modelo), fator de legitimação não somente para quem legisla mas, sobretudo, para quem interpreta. Afinal, para interpretar a norma é necessário — e isto é óbvio — ter em mente a idéia de modelo em que se baseia o sistema.

Na lição de Reale: "...quando se fala em modelo... (fala-se) em uma estrutura ou esquema que compendia sinteticamente as notas identificadoras ou distintivas de um dado segmento da realidade, a fim de ter-se dele uma base segura de referência no plano científico. Nessa linha de pensamento, o 'modelo jurídico' não indica um fim primordial e abstrato a ser atingido, mas sim o fim ou os fins concretos que se inserem no dever-ser do Direito correspondente a um dado complexo de regras objetivadas ou formalizadas..." (Fontes e Modelos do Direito - Para um Novo Paradigma Hermenêutico, SP, Saraiva, 1994, p. 38).

Neste ponto, a fragmentação legislativa através de tortuosas reformas parciais, além de fazer com que o sistema perca em confiabilidade e coerência interna, deslegitima o intérprete ou, mais que isso, faz nascer a falsa idéia de que toda interpretação é possível, na medida em que sem a necessária fronteira colocada pelo ordenamento, não há limites para a interpretação. Nesse senti-

do todos os mensageiros (Hermes) da "verdade" interpretativa são válidos e, como não há "exclusão" interpretativa, o quadro global, ao invés de ser democratizante, torna-se autoritário. Se todos têm sua verdade não há como impor-se legitimamente uma regra de maioria.

O problema é extremamente complexo neste ponto e deita raízes teóricas no campo da semiótica. A leitura de Eco (Humberto. *Os Limites da Interpretação*, SP, Perspectiva) ajuda a aclarar a idéia do quanto é possível exigir-se em termos de possibilidade interpretativa. Toda interpretação, em suma, é possível, mas nem toda é legítima e sua legitimidade é conferida pela coerência em relação ao sistema.

• Ausência de paradigmas culturais sólidos e a quebra das garantias constitucionais do *due process of law*

No caso das reformas pontuais um outro aspecto merece destaque sob o aspecto negativo. Partamos da constatação histórica de que a sociedade brasileira esteve sempre afeta a sistemas políticos de cunho autoritário e que tiveram reflexos no Direito. No que de perto nos interessa, a derivação ideológica imediata é a formação de um espírito inquisitivo na operacionalização do modelo instrumental penal.

Na lição de Kant de Lima (Roberto. *Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colômbia à República: Da Devassa ao Inquérito Policial*, in *Religião e Sociedade*, 16/1-2, 1992), a idéia do quanto arraigado está no "inconsciente cultural" brasileiro a formação de uma "verdade" através de métodos puramente inquisitivos. Não é para menos. A própria história luso-ibérica está permeada destes valores substancialmente trazidos pelo direito canônico e sua busca desenfreada da verdade através do método apontado. Nesse sentido, Foucault, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, PUC, Rio, 1996, p. 68, para o surgimento do inquérito como forma de construção da verdade.

Sendo a "alma processual penal" inquisitiva, naturalmente tende a se chocar com os valores democráticos erigidos pela Constituição em vigor. Aqui o problema é de particular dificuldade. Se já é substancialmente difícil construir um aparato cultural voltado para o processo acusatório em se pensando na hipótese de uma codificação global, as reformas parciais, sempre sujeitas ao momento e ao oportunismo político — e, portanto, sempre voltadas para um aspecto promocional do sistema repressivo — tendem a apresentar o discurso da eficiência e da repressão através de mecanismos de supressão de garantias processuais. Em suma, não é possível construir uma "consciência acusatória" a partir de reformas fragmentadas.

Por outro lado, como já tivemos a oportunidade de salientar em texto anterior (*Qual Justiça Penal?*, in *Boletim IBCCrim* 35/15, nov/1995), a reforma parcial, justamente porque calcada nesse contexto político, necessariamente formará um processo penal de cunho utilitarista, lastreado em pura ética de resultados (e não de princípios), colocando-se em xeque as matrizes básicas do devido processo legal.

Nítido este problema na Lei nº 9.099/95.

A doutrina (Tucci, Reale Jr. et alii, in *Juizados Especiais Criminais - Interpretação e Crítica*, SP, Malheiros, 1997) expõe seríssimos problemas de afrontamento da mencionada lei em relação aos preceitos do devido processo legal, como a imposição de uma pena sem processo, a colisão com o princípio da presunção de inocência, etc.

"Navegar é preciso" mas, para onde? A responsabilidade dos intelectuais

As observações a seguir são basicamente lastreadas na instigante obra de Bobbio (Norberto, *Os Intelectuais e o Poder - Dúvidas e Opções dos Homens de Cultura na Sociedade Contemporânea*, SP, Unesp, 1996, sobretudo no capítulo "*Da presença da cultura e da responsabilidade dos intelectuais*"), acredito que de leitura obrigatória para aqueles que, dentro de uma formação cultural minimamente diferenciada num País com as nossas características históricas, políticas e culturais, têm o dever de se pronunciar a respeito do tema.

Apresentada a situação em algumas de suas faces, cumpre indagar qual o caminho a ser seguido e, ainda, quem o definirá. É um problema de responsabilidade (quem) e de meios (como). Se a resposta deve partir de algum lugar, quer-me parecer que a comunidade científica, intelectual mesmo, tem a palavra, contanto que tenha algo a dizer.

Na distinção (complementar) bobbiana, é a hora mais dos ideólogos do que dos *experts*. É hora de chamar-se à responsabilidade aqueles que detêm, sobretudo, o conhecimento dos "princípios-guias" e não dos "conhecimentos-meios". Embora se complementem, os ideólogos nesse momento não de ter a primazia da palavra porque se trata da construção de um modelo a partir de princípios reitores, cabendo a estes a formação de uma geração de operadores culturalmente preparados para lidar com uma nova consciência de processo e democracia.

Venia concedida àqueles que se limitam a acreditar na impossibilidade de uma reforma global por motivos os mais diversos, a influência que a comunidade intelectual possui na formação de reformas fragmentadas pode — e só basta vontade política para tal — ser direcionada para a formação de um quadro onde se torne insustentável a existência da proliferação legislativa nos moldes e com os transtornos já expostos.

Este não é um trabalho para políticos. É um trabalho de política a ser realizado por intelectuais. Os compromissos de uns e outros são diferentes nos planos ético e histórico. O intelectual compromissado (engajado, se assim preferir-se) pensa na estrutura de uma sociedade como tecido permanente de convivência humana e sem a qual o destino do homem não teria propósito. O político não tem esse compromisso e, talvez, nem mesmo o político intelectual o tenha. Com a palavra a comunidade acadêmica, assumindo, inclusive, o risco de seu silêncio ou de sua equivocada opção se a História assim lhe cobrar.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

PENSO, LOGO, HESITO

Maurício Zanoide de Moraes

III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Na data de 12 de agosto de 1997 o Senado Federal aprovou em segundo turno, por 57 votos favoráveis, dez contra e uma abstenção, projeto de emenda constitucional que institui a súmula vinculante. Por ser o projeto originário daquela casa legislativa foi o mesmo enviado para a Câmara dos Deputados para futura análise e votação. Pelo projeto algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, desde que sumuladas sob determinadas condições, como por exemplo, em decisão apoiada por oito dos doze ministros que compõem aquele órgão, vincularão as decisões inferiores monocráticas ou colegiadas para processos semelhantes. Na mesma data, e para minha satisfação, examinava o programa do **III Seminário Internacional** organizado pelo **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** e no qual o garantismo tem largo espaço. A contradição tornou-se evidente.

Luigi Ferrajoli⁽¹⁾, palestrante e um dos precursores da teoria do garantismo no campo penal, expõe como "elementos epistemológicos" dessa nova concepção a "definição legislativa" e o "acertamento jurisdicional". Esse primeiro elemento (definição legislativa) é subdividido pelo professor em duas condições: a primeira, consiste na reserva legal (*nulla poena sine lege*), por ele denominada "convencionalismo penal" e, a segunda, por ele intitulada "estrita legalidade" e pela qual entende-se a proibição do legislador incluir nos tipos penais descrições ou características pessoais do sujeito da infração tal como ocorria em antigos ordenamentos⁽²⁾ cujas normas eram endereçadas aos heréticos, aos ociosos, aos socialmente perigosos, etc., pois, com essa restrição legislativa às descrições pessoais, conclui o mestre italiano, assegura-se a igualdade jurídica dos cidadãos uma vez que os tipos penais não se basearão em diferenças políticas, sociais, religiosas, antropológicas ou econômicas sempre fundadas em apriorística discriminação. O segundo elemento da epistemologia garantista (o acertamento jurisdicional) funda-se, essencialmente, na busca da confirmação da verdade ou falsidade contida na acusação de acordo com as provas lícitamente admitidas e com o debate processual. É uma confirmação factual e casuística cujo julgador não pode renunciar⁽³⁾.

Assim, e como não poderia deixar de ser, o "decisionismo processual" e o "subjetivismo inquisitorial" do julgador são expostos como um dos principais elementos "antigarantistas"⁽⁴⁾, pois, significam uma predisposição jurisdicional de exarar decisão já previamente definida desconsiderando-se os fatos reconstituídos nos autos. Nesse "decisionismo processual" os fatores mais recorrentes são as características pessoais do acusado (p. ex.: reincidência, crença, classe social, etnia, tipo penal do qual é acusado e etc.).

Nesse ponto reside a contradição acima aludida. Enquanto os avanços e conquistas humanas (tão bem expostos e firmados em nossa própria Constituição no capítulo dos direitos e garantias individuais) estão sendo assegurados através de novas e corajosas construções jusfilosóficas calcadas na profunda análise histórico-científica do processo

e do direito penal, assistimos nosso Senado Federal legalizar a instituição do "preconceito jurisdicional". Com efeito, será desconsiderada a situação fática reconstruída nos autos em prol de um modelo interpretativo prévio e do qual os juízes inferiores não poderão dissentir.

Assim, para além do temor de Ferrajoli, não estaríamos diante de um preconceito do julgador (pessoa física), mas, antes e abaixo disso, sequer o julgador poderia pensar, pois, pouco importando sua análise fático-jurídica para o caso, o conflito já estaria decidido aprioristicamente, por mera tarificação, desde que se decidisse, por exemplo, pela similitude entre o *leading case* e o caso a ser julgado.

Pensar, "ainda" (ou seria melhor dizer, "por enquanto"?), é uma característica exclusivamente humana, conquantodémódé nesses tempos de massificação social pelos vários meios de comunicação e, também, fortemente ameaçada pela busca da denominada "inteligência artificial". Mas, muitos, ainda somos do tempo em que o ato de pensar era incentivado. Em todos os campos de nossas vidas parece estarmos sendo instados a não pensar. Vítimas de nossas próprias invenções, por sermos vulneráveis em nossa congênita característica humana do comodismo e da preguiça, estamos cedendo às tentações de não mais pensar. E essa inação é justificada ou pelo fato de que alguém fará trabalho por nós ou porque as máquinas substituem-nos nas atividades elementares.

Enganamo-nos, fomos vítimas de nós mesmos e nossas ambições. Inicialmente imaginou-se que se as máquinas fizessem os trabalhos elementares os homens estariam livres para desenvolver aspectos mais sofisticados em suas relações. Ledo engano. Vemos hoje que as máquinas fazem nossas atividades elementares mas muito de nós, ao contrário do esperado, acham que não precisam fazer mais nada. Tomemos um exemplo mezinho: as balanças de supermercado, atualmente, não só verificam o peso dos objetos, mas, também, fazem o cálculo e emitem a etiqueta com o valor final da compra. Pergunta-se: por acaso os atendentes e os proprietários desenvolveram melhores métodos de receber, atender e vender seus produtos? A resposta é não. E, para nossa infelicidade, assistimos verdadeiros autômatos colarem infinitas etiquetas sem que em sua maioria sequer saibam proceder a uma singela adição. Isso é característica recorrente em todos os "avanços" tecnológicos onde se permitiu ao homem "não-pensar". Por óbvio, e para que não se perca a razão pelo excesso argumentativo, o raciocínio precisa de arrefecimentos quando tratamos das súmulas vinculantes. Quanto o maior argumento favorável a essas súmulas seja a eliminação de ações repetitivas e de recursos procrastinadores para que os magistrados dediquem-se a causas mais complexas, sua presença jamais redundará numa automática ou gradual baixa de qualidade jurídico-cultural dos julgadores. O problema é mais grave e se localiza em outro ponto. A perda do poder.

Apesar de todos os argumentos favoráveis ao surgimento das súmulas vinculantes, não se pode deixar de ver nessa idéia mais um convite ao "não pensar". E, não nos enganemos, o "não pensar" sempre traz de roldão a concessão de poder a outrem. Alguém pensará por nós, decidirá por nós, guiar-nos-á⁽⁵⁾.

Essa perda de poder, que imediatamente estaria limitada aos juízes inferiores pelo ataque de sua independência judicial⁽⁶⁾, imediatamente atingiria a todos cidadãos do corpo social, pois, ficaremos sujeitos às vicissitudes processuais e morais das partes componentes de um processo anterior (o *leading case*) e cuja decisão final gerou uma "súmula vinculante".

Para os fins do presente comentário a questão poderia ser simplificada nos seguintes termos: a favor da súmula vinculante temos um raciocínio utilitarista e, em seu desfavor, temos uma perda de poder judicial e social.

Permitam-me pensar, e apenas pensar. Sabemos que o Poder Executivo, através de seus muitos meios de protelar pagamentos e dívidas para com a população, é o responsável pela maior massa processual e recusal que atravessa nosso Judiciário; nesse ponto reside uma das falhas proveniente do Poder Executivo. Sabemos, outrossim, que o excesso de processos e recursos nos tribunais não é a "causa" do alegado "quase colapso" dos Tribunais Superiores, mas, sim, apenas a "consequência" de uma série de leis malformadas e acodadamente elaboradas por pessoas sem visão técnico-jurídica ou sistêmica; nesse ponto reside uma das falhas provenientes do Poder Legislativo. O Poder Judiciário, por sua vez, também falhou, pois, não só não se adaptou à nova (e previsível) massa processual que adviria (e adveio) de leis ampliadoras do acesso à ordem jurídica⁽⁷⁾ como também é insensível a mudanças e adaptações em sua anosa máquina operacional desenhada em suas linhas gerais no século passado.

Os "Poderes da República" tiveram seus acertos, mas, se a "crise dos Tribunais Superiores" se avizinha, certamente, ela não pode ser imputada ao corpo social; vale dizer, a todos nós. Dessarte, por que será da população (a parte inocente⁽⁸⁾) que se retirará mais poder jurídico, político e social? Desde quando é correto que a parte inocente arque com o maior ônus das reformas ou com os erros de outrem? Onde está a justiça dessa escolha? Se é pacífico que apenas as súmulas vinculantes não resolverão os problemas da máquina judiciária por que iniciar uma reforma estrutural por medida tão gravosa à liberdade individual? A se agir dessa forma estar-se-ia repetindo no campo judiciário o já visto na área econômica do País, vale dizer, ao invés dos Poderes Públicos iniciarem a contenção de despesas pelos gastos públicos e sua pesada máquina funcional, sempre impõem à iniciativa privada e aos indivíduos o maior, inicial e único esforço. Já tornou-se lugar comum estreitar cada vez mais os direitos individuais dos cidadãos. Nesse instante o nosso direito-poder ameaçado é o acesso a uma ordem jurídica justa. E, adscrevia-se, sem uma análise individual da casuística — e voltamos mais uma vez ao garantismo — será indevida qualquer decisão.

A perda de espaço garantista é visível. Inicialmente diziam os defensores da idéia de súmula vinculante: elas servirão apenas para ações tributárias e administrativas onde a similitude dos pedidos, fatos e processos é total, pois, originárias de muitos planos econômicos fracassados, p. ex., o compulsório dos





automóveis e da gasolina. Diziam ainda que jamais as súmulas teriam incidência penal ou em área onde a casuística fosse imprevisível. Agora, pelo projeto aprovado em nosso Senado, não há qualquer restrição no texto da emenda constitucional que limite a área de abrangência e incidência das "súmulas vinculantes".

A decantada e sempre apresentada maior eficácia da máquina judiciária pela existência das súmulas vinculantes é argumento apenas utilitarista e, lembremos, a própria filosofia calcada no utilitarismo nunca encontrou terreno fértil no campo jurídico. O ideal de justiça não pode ser sempre preterido a uma alegada eficiência operacional⁽⁹⁾. O conceito de justiça, conquanto ainda careça de perfeita e acabada definição, certamente não poderá prescindir da análise jurisdicional casuística e guiada pelas regras do garantismo. Proibir o magistrado de pensar com independência em face do caso concreto e tendo em vista os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos é tarifar a justiça; é não fazer justiça. A bem da verdade é pior que isso, é nem mesmo "tentar" fazê-la⁽¹⁰⁾.

Como posfácio citemos uma frase de Ferrajoli a bem demonstrar a imprescindível necessidade do juiz independente pensar a justiça "dos" e "nos" casos a ele submetidos, frase que, aliás, bem serviria para alertar sobre a futura dificuldade de se estabelecer "casos semelhantes" e aptos à aplicação das súmulas. Diz o mestre: "O juiz não é uma máquina a moedas onde no alto se enfiem os fatos e embaixo se tiram as sentenças, talvez com a

ajuda de algum sacolejo quando os fatos não se adaptam perfeitamente."⁽¹¹⁾

O autor é advogado e doutorando em Processo Penal na Universidade de São Paulo.

(1) *In Diritto e Ragione - Teoria del Garantismo Penale*, Bari, Ed. Latterza & Figli, pp. 5 e ss.

(2) Conquanto vigente, não se pode dizer seja nosso Código de Processo Penal dos mais modernos, posto que elaborado no início da década de 40. Daí o porquê de nele encontrarmos, por exemplo a não concessão *a priori* de fiança quando provado que o réu é vadio (art. 323, IV, do CPP). Conceitos pessoais que, não obstante expostos num diploma processual, bem demonstram o preconceito legislativo que Ferrajoli pretende ver abolido. Afinal de contas, complementamos, com a crescente crise de desemprego brasileira, quem poderia diferenciar o vadio da pessoa que não consegue se recolocar no mercado de trabalho?

(3) Nesse ponto é que Luigi Ferrajoli, *in Diritto* cit., p. 16, bem demonstra a diferença entre a verdade substancial, ou como alguns dizem, material, e a verdade formal; figurando esta última como a verdade processualmente possível e mais adequada à teoria garantística por ele defendida.

(4) Ainda com Luigi Ferrajoli, *in Diritto e Ragione* cit., pp. 15 e ss.

(5) Luiz Flávio Gomes, *in "Súmulas Vinculantes e Independência Judicial"*, em artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 739, pp. 11/42, afirma que o tema das súmulas vinculantes, diversamente do vulgarmente prolatado, traz como sua fonte remota não o *stare decisis* do Direito

anglo-americano da *common law* mas, sim, sistemas jurídicos fechados e autoritários como o Direito cubano, em cujo art. 121 de sua Constituição, vê-se que o Tribunal Supremo Popular toma decisões e dita normas de cumprimento obrigatórios.

(6) Independência que, cfr. Luiz Flávio Gomes, *in Súmulas Vinculantes* cit., é garantia constitucional do Judiciário não somente em face dos outros Poderes, vale dizer, externamente, mas, também, internamente, isto é, em face dos órgãos e juízes superiores. Referido autor, também por essa angulação, dentre tantas outras, inquina-se pela inconstitucionalidade da existência das súmulas vinculantes nos termos até aqui previstos.

(7) Cite-se, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), além de uma maior conscientização jurídica da população.

(8) Ou no mínimo a menos culpada. E digo "no mínimo a menos culpada", pois, em virtude do voto popular são eleitos nossos representantes nos Poderes Executivo e Legislativo.

(9) John Rawls, *in Theory of Justice*, itens 1, 5 e 87, é categórico em afirmar um conceito de justiça posto para além do bem-estar e da eficácia. A justiça, afirma o autor, é continente onde esse dois fatores consistem apenas parcela do conteúdo.

(10) É de André Comte-Sponville, *in Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, p. 95, o seguinte pensamento: "É por isso que o combate pela justiça não terá fim. Esse Reino, pelo menos, nos é proibido, ou antes já estamos nele só quando nos esforçamos por alcançá-lo. Felizes os famintos de justiça, que nunca serão saciados!"

(11) *In verbis*: "Il giudice non è una macchina a gettoni dove in alto s'infilano i fatti e in basso si tirano fuori le sentenze, magari con l'aiuto di qualche scossone quando i fatti non si adattano ad essa perfettamente." (ver *Diritto e Ragione* cit., p. 10).

DA NECESSIDADE DE GARANTIR AS GARANTIAS

Roberto Podval e Janaina C. Paschoal

III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dentre as garantias asseguradas aos juízes de Direito, tem-se que uma das mais importantes é a que diz respeito à inamovibilidade dos magistrados, que está insculpida no art. 95, inc. II, da Constituição Federal.

A garantia constitucional à inamovibilidade constitui mais que uma grande conquista do Poder Judiciário, que não mais estará sujeito aos caprichos do Executivo, encontrando-se assim livre para decidir a partir do seu convencimento desde que fundamentado, consubstanciando um verdadeiro pressuposto do Estado Democrático de Direito, no qual necessariamente se busca a efetivação do devido processo legal.

E vai além, a garantia de o magistrado "permanecer onde está" (independentemente de suas decisões, as quais certamente refletem suas concepções político-ideológicas), também confere aos jurisdicionados a segurança jurídica que é pressuposto básico da confiança no próprio Poder Judiciário.

É sabido que, tendo-se em vista questões de caráter organizacional (as quais não nos cumpre comentar), aos juízes auxiliares, isto é, aos magistrados que ainda não ocupam cargos de titulares, é garantida a inamovibilidade apenas no âmbito da comarca em que se encontram, não o sendo, no entanto, no que tange ao juízo que ocupam.

Pois bem, a Vara das Execuções Penais da

Comarca de São Paulo é composta por juízes auxiliares, sendo que, apesar de haver vagas para titulares, as mesmas não são preenchidas.

Esse tratamento dispensado à execução penal revela (e aqui não se vislumbra qualquer demérito aos magistrados auxiliares) um resquício da ultrapassada concepção de que a fase da execução da pena é meramente administrativa, não caracterizando, como ocorre com o conhecimento, processo jurisdicional.

A partir de uma visão já não tão moderna, e, a partir das incumbências atribuídas aos magistrados pela própria Lei nº 7.210/84 (art. 66), certo é que os juízes das execuções exercem função jurisdicional, proferindo, durante todo o feito, decisões capazes, não só de adequar as sentenças prolatadas em sede de conhecimento, mas inclusive de modificá-las em sua totalidade, como ocorre, por exemplo, nos casos de aplicação de lei nova mais favorável.

A jurisdicalização da execução penal implica ainda a asseguuração das garantias do contraditório e da ampla defesa, as quais, apesar de existentes nos procedimentos administrativos, devem ser observadas com maior rigor nos processos jurisdicionais.

Nesse sentido são os ensinamentos dos eméritos processualistas, professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As Nulidades do Processo Penal*: "Realmente não há como negar que o juiz da execução é chamado freqüentemente a exercer, em sua plenitude e pureza, a função

jurisdicional. A sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação das circunstâncias fáticas... De extrema relevância é o enfoque jurisdicional da execução penal do ponto de vista das garantias da defesa. O condenado, nessa ótica, passa a ser titular de direitos públicos subjetivos em relação ao Estado, obrigado a prestar-lhe tutela jurisdicional..." (6ª edição, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 300/301).

O chamado "Setor" das Execuções (alusão ligada à idéia de órgão procedimental), tendo em vista a importância jurídico-social que lhe é inerente, bem como o caráter jurisdicional instituído pela Lei nº 7.210/84, repecionado pela Constituição Federal, tem como consequência inafastável, a necessidade da presença de juízes titulares.

A construção do Estado Democrático de Direito, fulcrado no devido processo legal (que por sua vez se pauta nos princípios do juízo natural, da ampla defesa e do contraditório), mais do que nas leis e nas decisões judiciais, começa na própria organização dos órgãos jurisdicionais.

Os autores são advogados em São Paulo e, respectivamente, vice-presidente do IBCCrim e mestrandia em Direito Penal pela USP.

SEGURANÇA PÚBLICA: UM CONCEITO A SER REPENSADO

Theodomiro Dias Neto

III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1. O Direito Penal como instrumento de integração social

Não há tema capaz de exercer tanto fascínio e polarização quanto a segurança pública. Paradoxalmente, não há tema mais deturpado e incompreendido. Tentativas de ser repensado a partir de óticas diversas, são rejeitadas pela lógica imediatista dos calendários eleitorais ou dos índices de audiência. Sob os holofotes da "política como espetáculo" esvazia-se o conceito político de esfera pública, dá uma sociedade capaz de tematizar-se e de encaminhar soluções para seus problemas de integração social através de um "uso público da razão".

Uma limitação central no enfrentamento do tema é de ordem conceitual. Segurança pública é hoje um conceito seletivo centrado em duas dimensões fundamentais. A primeira resulta da fusão entre segurança e criminalidade: segurança significa hoje controle e prevenção do delito. A segunda dimensão deriva da noção hobbesiana de segurança como segurança do Estado. O Estado é condição para a paz, ao proteger-se a "segurança do Estado" se estará garantindo a "segurança dos cidadãos".

Os problemas conceituais se evidenciam quando se observa a extensão do campo temático das políticas de segurança. Qual é o elo que faz com que questões de natureza tão diversa, como terrorismo, drogas, destruição ambiental, imigração, criminalidade organizada, prostituição infantil ou transmissão de HIV, sejam articuladas como ameaças à segurança pública? A resposta está na forma como estes temas vêm sendo muitas vezes tematizados: um conflito social se converte em ameaça à segurança pública quando a perspectiva penal de interpretação torna-se hegemônica.

Quais são as particularidades desta perspectiva penal de interpretação de um problema? O conceito de responsabilidade pode ser um ponto de partida para a questão. Quando um fato social é definido como questão de segurança pública, ou seja, como questão criminal, este passará a ser interpretado a partir da lógica da responsabilidade individual. O Direito Penal exclui uma interpretação política de fatores causais que estejam além do livre-arbítrio de autores identificáveis. O sistema penal atua sobre pessoas e não sobre situações, considera os indivíduos como variáveis independentes e não como dependentes de situações (Baratta).

A falta de nitidez do campo temático das políticas de segurança deve-se ao fato de que esta ótica penal de interpretação dos problemas de integração social se consolida e se estende a novos campos. A hegemonia do discurso penal, ou seja, a tematização dos conflitos sociais no "espaço da pena", é o outro lado de um processo de esvaziamento do "espaço da política".

Tal tendência tem sido interpretada como produto de uma obstrução dos canais de comunicação política. Estes não têm sido capazes de absorver e administrar os conflitos relevantes e, desta forma, reduzir riscos existentes nos

diversos contextos da vida social. Em termos sintéticos poderia ser ressaltado um processo de perda de centralidade da política que, num contexto de fortalecimento dos mecanismos de auto-regulação econômica, de crise do Estado e de atrofia dos órgãos tradicionais de intermediação política, deixa de exercer o seu papel de gestão de conflitos.

A obstrução da via política de solução dos conflitos sociais cria um terreno fértil para soluções simbólicas centradas no Direito Penal. A demanda social por segurança deixa de se articular como demanda política e passa a articular-se através do vocabulário da penalidade, que acaba por traduzir uma genuína insatisfação com a injustiça e a ilegalidade na linguagem ilusória de uma ordem que pode ser imposta através da repressão penal. Ao invés de politizados, os problemas são "policializados".

Uma grande parte destas situações problemáticas, que não puderam ser administradas em seus campos políticos originários, é incorporada ao campo político transversal das políticas criminais, onde alguns riscos são isolados e traduzidos como problemas morais. Problemas que requerem enfrentamento multidisciplinar no âmbito da política (econômica, social, habitacional, educacional) são transferidos à instância penal. Os processos sociais geradores de riscos deixam de ser questionados em função de um processo de individualização das responsabilidades pelos danos. Ao atribuir responsabilidades penais o sistema político se libera de sua própria responsabilidade por conflitos que não é capaz de administrar. Neste sentido pode-se afirmar que o processo de construção da criminalidade é o outro lado de processo de despolitização da sociedade: o "espaço da pena" se expande sobre o vácuo deixado pela retração do "espaço da política".

2. O Direito penal como alternativa

Novas perspectivas de abordagem do tema têm se desenvolvido dentro do marco da "Nova Prevenção". No centro da reflexão está a crise da gestão penal da segurança e a formulação de novas estratégias capazes de produzir maior segurança social sem o recurso do sistema de justiça criminal.

Em suas vertentes mais avançadas, a Nova Prevenção parte de uma interpretação interdisciplinar para postular a transversalidade das políticas públicas orientadas à segurança dos cidadãos. O que se propõe é a contribuição das disciplinas e a sinergia entre as instituições — penais e não penais, públicas e privadas — com competência de intervenção entre as múltiplas variáveis relacionadas ao fenômeno da insegurança, inclusive sobre aquelas variáveis culturais que vêm possibilitando que tal sentimento se traduza em demanda por maior penalidade. A perda de hegemonia do paradigma penal da criminalidade abre espaço para uma tematização de conflito social do desvio como questão política, econômica, cultural e social e não exclusivamente penal. Mais do que isto, favorece o reconhecimento de que a insegurança social é, em grande parte, produto da própria

intervenção do sistema de justiça criminal, ou seja, do problema social criminalizado.

A contribuição de outros atores e saberes possibilita uma ampliação dos termos em que se vêm interpretando a questão criminal com potencialidade para o surgimento de uma nova cultura de defesa contra a criminalidade. Prevenir o crime, afrontar o problema do medo, diminuir os custos sociais da criminalidade, garantir as condições materiais (e não simbólicas) de segurança não são tarefas a serem exercidas por uma instituição específica. São tarefas de caráter interdisciplinar com desdobramentos nas mais diversas esferas e que demandam a ação coordenada do conjunto das instituições públicas e privadas com competência de governo sobre um determinado território. Constitui-se assim um modelo integrado, pluriagencial de segurança, em que as políticas criminais estão inseridas num contexto mais amplo que envolve intervenções — governamentais ou não — na área da educação, planejamento urbano, saúde, habitação, trabalho, lazer, etc. A transversalidade das políticas públicas de segurança corresponde, portanto, a uma apropriação do bem segurança pela sociedade civil. Dentro deste marco insere-se uma série de experiências municipais de prevenção criminal que, baseadas nos princípios da descentralização, da interdependência das competências, da participação direta, vêm suscitando políticas alternativas para o enfrentamento de problemas locais.

Uma estratégia integrada de prevenção criminal deve ser expressão de uma forma diferenciada de relação entre o espaço da pena e o espaço da política. **Alessandro Baratta** aborda a questão através de uma interpretação mais ampla do garantismo. Sustenta a necessidade de um "garantismo positivo" orientado não somente à limitação do sistema punitivo (aos direitos de proteção frente ao poder penal), mas, e principalmente, à segurança do indivíduo em todos os seus direitos, o que inclui os direitos de prestação. Na visão de **Baratta**, o Direito Penal da Constituição, ou seja, o Direito Penal mínimo, é o espaço residual que fica para a intervenção punitiva no contexto de uma política integral de proteção aos direitos: "*El derecho penal mínimo actúa con sabiduría y con modestia en el contexto general de la política de protección de los derechos. Es fuerte porque sabe ser mínimo; sabe ser mínimo porque sabe que no está sólo en la acción de defensa de derechos*".

Esta perspectiva política de se entender o problema de segurança não se limita a uma mera busca de alternativas ao sistema criminal. Mais além, a questão está em romper com a posição de centralidade do Direito Penal na intermediação dos conflitos sociais, criando as condições para que este se converta em alternativa; uma alternativa a ser utilizada subsidiariamente, quando outros meios não são capazes de evitar graves violações de direitos.

O autor é advogado e doutorando em Direito pela Universidade de Sarre (Saarbrücken, Alemanha).