



P
P. Fornerke
1.92/n. 369/ex.2
2003

Volume 369

ANO 99

• SETEMBRO - OUTUBRO DE 2003 •

ISSN 0102-8413

REVISTA

FORENSE

FUNDADA EM 1904
PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

IN MEMORIAM

Bilac Pinto
Antonio Pereira Pinto
J. de Magalhães Pinto
José Monteiro de Castro
José de Almeida Paiva
José de Aguiar Dias
Miguel Seabra Fagundes

DIRETORES

Regina Bilac Pinto
José Carlos Barbosa Moreira
Francisco Bilac M. Pinto Filho
Guilherme Pinto Zingoni

COLABORADOR SÊNIOR

Caio Mário da Silva Pereira

As novas tendências do Direito Penal

NILSON NAVES

Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça
e do Conselho da Justiça Federal

Um dia, vão-se alguns anos, afirmou um dos nossos maiores e saudosos penalistas, Roberto Lyra, o representante do Ministério Público na Comissão revisora do projeto Alcântara Machado – que se converteria no Código Penal de 1940 –, que o Direito Penal é o primeiro amor dos estudantes do curso de Direito.

Tanto assim é que muitos, após concluírem o bacharelado, retomam, no curso de pós-graduação, os estudos penais; entretanto, tendo que ganhar a vida e pondo-se de acordo consigo mesmos, vêem-se obrigados a se prepararem para outros bons combates, e essas correntes de sobrevivência os fazem mergulhar em outros campos que lhes tragam satisfação intelectual e realização profissional. Contingências da vida!

Há, porém, uns mais afortunados, para quem o Penal, já o primeiro, torna-se o único amor. Para esses como para aqueles, todavia, rever as tendências do Direito Penal que, ao longo dos anos, surgiram em resposta às mudanças sociais sempre foi uma aventura provocadora. A década de setenta é um exemplo autêntico dessa mentalidade. À época, quantos se dispuseram, em noites intermináveis, a examinar os diversos conceitos de ação, como o naturalista, de von Liszt, o normativo, de Binding, o sintomático, de Tesar e Kollmann, chegando ao finalismo de Welzel – nem tudo aquilo que é objetivo achava-se na antijuridicidade e nem tudo aquilo que é subjetivo encontrava-se na culpabilidade. Com certeza, a disposição para a tarefa, provavelmente instigada pela tão saborosa e tão recomendada leitura da obra *Conduta Punível*, de

Fragoso, irrompeu em muitos – verdadeira ousadia em virtude da dificuldade do terreno íngreme a ser esquadrihado. De qualquer modo, valeu a pena, e sempre vale a pena se a alma, na sempre lembrada passagem de Fernando Pessoa, não é pequena. Sim, porque as pegadas desse percurso ficaram gravadas na alma de tais audaciosos de forma indestrutível.

Na década de oitenta, os princípios básicos do finalismo (“Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim”, eis Assis Toledo recordando Welzel) passaram a disciplinar o Direito brasileiro, dúvidas não há, sobretudo quando sancionada a Lei nº 7.209, de 1984, que alterou a Parte Geral do Código Penal; bastante que se confirmem estas duas passagens da Exposição de Abi-Ackel, de 1983: (I) “É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar em todo o vigor no direito legislado brasileiro (...)” e (II) “O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o projeto (...)”.

É possível, entretanto, ir além dessas décadas; ir, através dos séculos, às nascentes dos institutos penais. Se velhos são os livros, porquanto vertentes de tempos passados, ciência boa e inesquecível não lhes falta; falta-lhes, sim, algum temperamento, alguma modernidade, alguma flexibilização. Não seria uma questão de lucidez, bom senso e visão crítica entender, por exemplo, que mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo e que o endurecimento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade? Se o constituiu-se, a pena de morte e, quem sabe, a perpétua

acabariam com a criminalidade de uma vez por todas, mas isso nunca aconteceu em lugar nenhum do universo.

O que se impõe, nesse campo, antes de mais nada e urgentemente, é aperfeiçoar e profissionalizar quem cuida da segurança pública – da vigilância, da prevenção e da manutenção da ordem. O que se requer é preocupação maior com o crime grande ou o grande crime, aquele que se organizou melhor que o Estado, aquele que deu quatro passos enquanto este talvez tenha dado apenas um.

Na verdade, difunde-se apressada mania e o malconceito de a tudo se querer solucionar, a qualquer momento e em qualquer circunstância, por meio da constitucionalização de normas, como se normas ordinárias nada resolvessem, e da criminalização, aí incluído o denominado endurecimento das penas. São dois fenômenos que, se não resolvem os problemas, contribuem, isto sim, para agravá-los, por inúmeras razões, de todos conhecidos. O momento, portanto, anda requerendo um maior emprego do prefixo “des” – desconstitucionalizar e descriminalizar –, e aqui se abre parêntese para algumas observações.

Não é nova, na esfera do Judiciário, a promoção de discussões na busca de melhores meios para o combate ao crime. É de se louvar a oportuna iniciativa do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal de ter procedido à pesquisa *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*. O resultado foi a instalação de uma Comissão composta de representantes dos Poderes Executivo e Judiciário e da sociedade civil organizada, por meio de cujo trabalho vieram a público propostas viáveis para a remoção dos obstáculos à investigação, à apuração e à efetiva punição desse delito penal. Ora, se há uma inquietação no próprio Judiciário com o crime grande, aquele que se denomina organizado, também existe a convicção de que somente a cooperação entre os diversos órgãos públicos e privados possibilitará a identificação e punição dos criminosos que tentam dar ares de licitude a capital espúrio. Iniciativa do próprio Judiciário, a Comissão muito produziu, e as suas conclusões correm Brasil afora, acolhidas aqui, ali e acolá, de tal forma que a

Justiça Federal já se prepara para ter Vara especializada no assunto.

Bom exemplo, igualmente, é o acordo técnico-institucional celebrado entre o Superior, o Conselho da Justiça Federal, os Tribunais Regionais e respectivas Seções Judiciárias e o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, para adoção de sistema *on-line* que permitirá, por um lado, o acesso dos magistrados federais e dos ministros do Superior Tribunal às informações policiais sobre suspeitos e, por outro, o acesso da Polícia Federal aos processos judiciais. A proposta já foi levada aos Tribunais de Justiça no intuito de integrá-los à rede de dados.

Além disso, o Superior apresentou proposta ao projeto de reforma do Judiciário em que sugere a criação do juizado de instrução. Sob sua competência ficariam os crimes cometidos com alto grau de sofisticação – os de lavagem de dinheiro e aqueles contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, entre outros.

É evidente que a violência por todos vivenciada, agravada pelo que se denominou crime organizado, está suscitando questionamentos de cada segmento da sociedade, tanto em relação à prevenção quanto no que se refere à aplicação das leis.

Por acaso são de hoje as causas da violência em que ultimamente está imersa a cidade do Rio de Janeiro? Não, não são de hoje; as causas são de ontem, de anteontem, de muito tempo. O quadro, angustiante, exige que medidas sejam de pronto adotadas. Ao invés de atirar pedras, não é melhor que todos se unam, indistintamente? É uma imposição do dever ético. De tudo, o que não é aconselhável é responsabilizar o Judiciário pelas mazelas, pois, conforme a sua missão constitucional, tarefa outra o Judiciário não desfruta senão, e principalmente, a de cumprir e fazer cumprir as leis para o bem do Estado democrático de direito.

Ao fechar o parêntese, é mister trazer à tona, ainda, o tema relativo aos limites da liberdade de expressão. A propósito, em recente publicação, o tema foi muito bem enfocado pelo jornalista Luís Nassif, que ali falou do incitamento provocado pela mídia antes do processo judiciário. Não se nega à imprensa a atividade investigativa; cumpre,

no entanto, ter cuidado com o sensacionalismo e o denunciismo: a corrida contra o relógio, a pressa em ser a primeira a divulgar a notícia. Existe aí a possibilidade de descuidos, da divulgação de inverdades, até de informações erradas passadas ao jornalista com o intuito de prejudicar a pessoa investigada – informações que o investigador, na afoiteza de levá-las ao público, não teve tempo para confirmar. A responsabilidade do jornalista não pode ser sacrificada em favor da corrida pelo “furo”. Aliás, informações recebidas não podem deixar de ser verificadas e, se não forem confirmadas por outra fonte independente da primeira, devem ser postas de lado. Azado o momento para que se convoque atenta leitura do capítulo sobre os direitos da personalidade, constante do novo Código Civil.

Vive-se, não só no Brasil, um momento de escolha entre discursos, nos campos penal e criminológico. O certo é que o instituto da prisão nunca deixou de ser alvo de série infundável de comentários, estudos e críticas, envolvendo especialistas das diversas áreas do conhecimento humano, sem falar, é claro, dos curiosos e das apreciações sensacionalistas. Afinal, a prisão é necessária? Para o professor e pesquisador francês Loïc Wacquant, a prisão é uma instituição fora-da-lei; em re-

sumo, segundo o autor de *Prisons de là mi-sère*, o Estado econômico está desaparecendo, diminuindo o Estado social, com reforço e glorificação do Estado penal. Ora, a Idade Contemporânea foi inaugurada com a queda de uma prisão, quando o povo, nas ruas da velha Paris, clamava por liberdade, igualdade e fraternidade. O nosso eterno Evandro Lins, em suas imortais palavras, recordando o eterno Alighieri, revivia o Canto III do Inferno d’*A Divina Comédia*: “Deixai toda esperança, ó vós que entráis.” O argentino Zaffaroni, no seu “Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal”, defendendo a necessidade de uma resposta à deslegitimação, propugna, em inalteráveis páginas, por um direito penal humanitário. Não está, dessa forma, a sociedade premida pelo viés da tensão entre o discurso penal e o criminológico?

O que fazer, então, sem que o Estado deixe de exercer a sua obrigação de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio? Essa e outras tantas perguntas, algumas feitas na tessitura do texto, permanecem sem pronta e acabada resposta. Precisamos, pois, urgentemente, por meio de bons estudos e profunda meditação, encontrar caminhos de conciliação entre as novas tendências do Direito Penal.