

Novos rumos na efetividade da prevenção geral

Sidnei Beneti¹

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

À Escola Paulista da Magistratura, cujo 1º Conselho integrei e cuja Secretaria Executiva exerci por oito anos, renovando a confiança na extraordinária Magistratura paulista, à qual servi por trinta e cinco anos.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

(Lacordaire)²

Sumário: 1. Novos rumos. 2. Resposta penal às exigências sociais. 3. Prevenção geral e prevenção especial do crime. 4. Danosidade social. 5. *Spinta criminosa e contro-spinta penale*. 6. O Direito Penal. 7. O Processo Penal. 8. Efeitos perversos da evolução. 9. Registros recentes: a) Colaboração premiada; b) Julgamento da apelação e execução; c) Domínio do fato. 10. Novos rumos.

1. Novos rumos

Alguns fatos atuais patenteiam nítida alteração dos rumos do Direito Penal e Processual Penal, buscando o equilíbrio entre o eterno embate entre as ondas liberalizante e a repressiva, que se alternam, à luz das grandes forças sociais subjacentes à criminologia.

A medida extrema da prisão, como sanção penal e como medida cautelar processual penal, revive e assume novo vulto. Tanto clamam pela opção prisional a opinião pública diante da criminalidade bruta dos crimes violentos e da criminalidade sofisticada da delinquência econômica como os movimentos ativistas de vanguarda. Nesse ponto, com clara opção pela prisão penal e processual, igualam-se os pleitos, de um lado, de enrijecimento das sanções à criminalidade violenta (estupro, roubo, latrocínio, homicídio), à criminalidade contra o patrimônio público e relações econômico-financeiras (sonegação fiscal, concussão, lavagem de dinheiro) e, de outro, reclamos de criminalização da violência doméstica, pedofilia, homofobia, ofensas ambientais e outras marcadas por forte substrato de modernidade.

¹ Ex-Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP.

² Lacordaire, Conférences de Notre Dame de Paris, 1881, v. I. III, p. 473, 1881; v. III, p. 473.

Sobrepassando às novas exigências de resposta penal, tem-se a sensação pública de impunidade, no tocante às diversas modalidades delinquentiais.

O fenômeno não é apenas nacional. Diante das centenas de ataques recentes a mulheres no primeiro dia do ano de 2016 em Colônia, Hamburgo e outras cidades alemãs – casos de estupro, atentado violentos ao pudor, importunação ofensiva ao pudor e lesão corporal, alguns dos quais em autoria coletiva – foram incisivas as declarações de Chefes de Polícia, no sentido de que não anteviam punição nenhuma, porque, à dificuldade de amealhar possíveis testemunhos, seriam desprovidas de valor probatório em Juízo as inúmeras fotos e filmagens, visto que realizadas por particulares e não por instrumentos públicos de vigilância, concluindo o chefe da polícia de *Reeperbahn*, em Hamburgo, visivelmente desanimado, que, ante a exigência probatória do Tribunal de Justiça de Hamburgo, somente se atingiria o resultado punitivo se a comprovação da autoria se realizasse mediante “exames de DNA ou impressões digitais de agressores [...]”.³

2. Resposta penal às exigências sociais

A história do Direito Penal e do Direito Processual penal demonstra estreita correlação entre as necessidades da defesa da sociedade contra a criminalidade e os mecanismos de persecução penal, proporcionais a cada necessidade. As penas tornam-se adequadas às circunstâncias fáticas determinadas pelas características da delinquência em tempo e lugar determinados. Como na área da saúde pública, em época epidêmica, impõem-se medidas sanitárias apropriadas, cuja necessidade arrefece ou cessa ao enfraquecimento ou extinção da epidemia.

O número elevado de crimes violentos na atualidade explica o claro movimento revisionista do Direito Penal e Processual Penal no sentido do enrijecimento de providências, para o eficaz enfrentamento, em prol da preservação de direitos fundamentais de cada um dos cidadãos e de toda a sociedade – cujos valores, ante a impunidade evidenciada aos olhos da população, visivelmente se deterioram a cada insuficiência da resposta penal, já se registrando o recrudescimento de ações de realização da justiça pelas próprias mãos, até mesmo o linchamento de suspeitos sem culpa.

O Direito Penal e o Processo Penal, que experimentaram o abrandamento humanizado e civilizatório, após fase de desproporcionais sanções exacerbadas, não raro recaindo sobre os mais desfavorecidos da sociedade, recomeça a nortear-se pelo rigor progressivo, para adequação às exigências do necessário combate à criminalidade.

O fato do terrorismo cruel, escancarado pelas imagens de televisão e pela internet, ajunta componente especial à necessidade de reação proporcional à criminalidade, como, por exemplo, nos Estados Unidos após os atentados de 11 de setembro de 2001, e na França, em seguida aos atentados iniciados com o assassinio terrorista de jornalistas do Paris Hebdo e ações seguintes. Seguiram-se, nesses países e também em outros, medidas fortemente restritivas de direitos individuais.

³ *Hamburger Abendblatt*, várias edições em janeiro de 2016.

Parece que, realmente, em nossos tempos arrefece um ciclo de abrandamento com fundamentos sócio-humanitários da sanção penal, aproximando-se nova onda, de maior rigor na busca da efetividade do Direito Penal e do Direito Processual Penal – que, frise-se, tem de se realizar atendendo também às conquistas sócio-humanitárias no campo penal, inclusive construídas pelo chamado *garantismo* processual, que fulmina toda e qualquer moléstia ao devido processo legal.

3. Prevenção geral e prevenção especial do crime

No Brasil, impossível negar que a evidência de sensação de impunidade se implantou na sociedade, tanto para vítimas e circunstâncias como para agentes de delitos e, via comunicação, para toda a população. Essa sensação se reafirma em cada caso concreto, que vem ao conhecimento público, da não punição de autores de crimes graves, cuja impunidade frustra e aterroriza vítimas, familiares, amigos e vizinhos.

Os próprios autores de crimes graves, por vezes, contribuem para o aumento da sensação de impunidade, não raro, em seguida a ações criminosas ou no momento da prisão, emitindo declarações ou se portando com ostensivo menosprezo à persecução penal, à crença na soltura imediata a despeito do delito – para o espanto da sociedade.

Mas o maior alarde de impunidade provém, sem dúvida, do fato moderno de as ações criminosas serem filmadas, com toda a violência e crueldade, por câmaras de segurança ou de telefones celulares, às vezes pelos próprios autores de delitos, transmitidas pela televisão e disseminadas pelas redes sociais via internet, tornando-se incompreensível para a população a soltura, com ou sem fiança ou medidas substitutivas, pela autoridade policial ou pelos juízes, estes ao exame dos autos de prisão em flagrante, nas salutares audiências de custódia.

A nenhuma consequência punitiva, atemoriza vítimas e testemunhas e inibe denúncias e depoimentos.

Gravíssimos os fatos, numericamente crescentes, de a permanência de criminosos em liberdade ensejar a vingança particular, tantas vezes com o assassinio de vítimas, testemunhas e autoridades envolvidas.

E gravíssimo, aos olhos da população, o fato, que repetidamente se exhibe nos meios de comunicação, de cometimento de novos crimes graves por quem registra alentada folha de antecedentes, mas persiste tecnicamente considerado acusado primário, porque, à custa de sucessivos recursos, não transitada em julgado a sentença.

O progressivo enfraquecimento de instrumentos de efetividade da persecução penal desempenha papel de enorme relevância no aumento da criminalidade e da sensação de impunidade, que atuam em cascata, formando verdadeira bola de neve, cujo crescimento se opera em decorrência do próprio ininterrupto movimento.

Se, atualmente, uma efetiva ação contra a criminalidade implica a consequência do aumento da lotação dos presídios, sem dúvida a persistência da impunidade significará aumento progressivo do número de infratores da lei penal no futuro. Assim, o passar do tempo sem efetivo combate penal à impunidade somente fará crescer a exigência futura de aumento do número de vagas em estabelecimentos de execução de penas privativas de liberdade. Os custos que assustam os governantes com a neces-

sidade de construção e melhoria de estabelecimentos e execução da pena na atualidade, serão infinitamente maiores no futuro, se não interrompido o ciclo crescente de sensação de impunidade.

4. Danosidade social

Nesse ponto é preciso convir em que os bens protegidos pelo Direito Penal devem proporcionalizar-se à noção de danosidade social que ao Direito Penal cumpre observar. Esse conceito de danosidade social se altera com o passar dos tempos, atendendo às necessidades a que o Direito Penal – e o próprio processo penal – servem, como todo o Direito serve a toda a sociedade e a seus valores fundamentais.

A permanente transformação do que se considera danosidade social foi bem constatada por Hassemer, para quem “a doutrina penal dos últimos tempos transformou consequentemente a concepção do bem jurídico em uma teoria da danosidade social”, atentando-se a que, embora “nem toda lesão a um interesse humano (bem jurídico) exige uma reação mediante o Direito Penal”, no fundo tem-se que atender à premissa de que ao Direito Penal interessa a conduta “que apresenta o caráter de socialmente danosa, quer dizer, que em seus efeitos lesivos vá mais além do conflito entre autor e vítima, exige do legislador penal que disponha de conhecimentos empíricos e que os aplique na formulação das condutas puníveis e na previsão das consequências jurídicas⁴.”

5. *Spinta criminosa e contro-spinta penale*

Vem da doutrina penal clássica a distinção entre prevenção especial, consistente na aplicação da sanção penal a quem comete crime, para que não o volte a praticar, e a prevenção especial, sentimento geral de temor da punição no caso de transgressão da lei penal. Já há tanto tempo Romagnosi⁵, aproximando-se da Escola Positiva, à premissa inafastável de o Direito Penal destinar-se à defesa da sociedade, cunhou definitivamente as expressões “*spinta criminosa*”, o impulso criminoso do delinquente, e “*contro-spinta penale*”, o contra impulso penal, inibidor da “*spinta criminosa*”.

Carrara, tendo por certo que o Direito Penal visa à defesa do próprio Direito, mediante a punição de condutas de maior relevo na ofensa à lei, lecionou que “o preceito sem sanção não significaria mais preceito; e o mundo sem lei não significaria senão um teatro de perpétua desordem⁶”.

Reafirmando as noções consolidadas de prevenção especial e prevenção geral como elementos essenciais da criminologia, Jeschek expôs que a incidência da pena sobre a personalidade do agente, a prevenção especial, dosada segundo a ação delituosa praticada, atua o efeito da prevenção especial, “suficiente, mas também necessária⁷”.

⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução e notas de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 38.

⁵ ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791 – obra histórica, essencial ao entendimento dos rumos iniciais e ulteriores da Escola Positiva, visto que praticamente considerada por todos os demais positivistas.

⁶ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Firenze, 1912. v. 1, p. 24.

⁷ JESCHEK, Hans-Heinrich. *Einführung, Strafgesetzbuch*, 36. Auflage, 2001, München, 2001, p. XIV.

Nessa dupla perspectiva atua o Direito Penal, caracterizando-se como direito de garantia da sociedade – ou da lei da sociedade, se se preferir. Assim, com efeito, assinala não ter dúvida a respeito do caráter garantidor do Direito Penal, firmando que o direito punitivo protege, com redobrada sanção, que é a pena, os bens jurídicos.⁸

Esta, relembre-se, norma de garantia extrema da sociedade no caso da falência das normas comuns, extrapenais, no atendimento à ordem jurídica essencial ao Estado de Direito.

Comunicantes entre si, a prevenção geral e a prevenção especial completam-se, munindo a sociedade de necessários instrumentos de controle da delinquência, para a preservação da própria vida em sociedade e assegurando a incolumidade do cidadão observador do direito alheio contra quem os transgride.

6. O Direito Penal

O Direito Penal e o Direito Processual Penal registraram notável evolução no sentido do respeito aos direitos fundamentais do ser humano – necessário ao movimento civilizatório, superando-se os tempos das penas cruéis e, mesmo, da prodigalização da prisão e da tortura, como prevalecente instrumento punitivo.

No campo penal, as penas humanizaram-se. A pena privativa de liberdade, sanção penal por excelência, que sistema jurídico nenhum foi jamais foi ou será capaz de totalmente suprimir, vem sendo em boa hora substituída por instrumentos de reeducação e ressocialização, indo longe os tempos da caracterização da privação da liberdade como providência sancionatória meramente retributiva da prática do crime.

O sistema progressivo, antes experimento de sistemas de vanguarda, passou a integrar o elenco de direitos do condenado. A execução da pena judicializou-se, nutrindo-se das garantias do processo judicial.

O preceptivo penal, isto é, o tipo penal, que de início se manteve intacto, apenas se autorizando a não aplicação da pena ou a transação, exclusivamente para delitos patrimoniais em casos de menor relevância e não reiteração, geralmente com o sancionador, ou seja, a pena criminal, substituída por medidas administrativas transacionáveis ou simplesmente perdoáveis, em lugar da sanção penal⁹, a critério do Ministério Público, com aprovação do Juízo¹⁰, passou a entender-se, à tradução a técnica do *Bagatelldelikt*, como pura e simples descriminalização do tipo penal.

Despojou-se, deve-se admitir, o Direito Penal, da diretriz que vinha dos séculos, difundida por Agostinho, de *que qui in minimis fidelis est, et in majus est fidelis*. E a chamada tolerância zero veio a ser estigmatizada ao ferrete verbal de desumana e antissocial, contrária ao próprio sentimento de Justiça.

⁸ ASSÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada. t. I, p. 34.

⁹ V. Eduard Dreher, *Festschrift für Hans Wenzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 917.

7. O Processo Penal

No âmbito processual penal, a medida cautelar pessoal mais efetiva – a prisão, seja em flagrante delito, seja a prisão preventiva –, despojou-se do fundamento objetivo, pautado pela tipicidade da conduta delinquencial imputada, para o subjetivismo da exacerbada aplicação dos princípios da proporcionalidade ao fato típico e à necessidade da restrição à liberdade.

A própria gravidade do fato (*Schwerer der Tat*), progressivamente perdeu como requisito suficiente para a imposição da prisão preventiva ou para a manutenção da prisão em flagrante delito. Tornaram-se prevaletentes requisitos, de enorme subjetividade jurisdicional, principalmente da atuação – o mais comum, na realidade judiciária brasileira –, o de atentar contra a investigação (“atrapalhar a investigação”¹¹).

Ainda no aspecto do processo penal, as necessárias garantias, essenciais ao Estado de Direito e à intangibilidade da liberdade individual, via presunção da inocência, levaram, em alguns sistemas nacionais, como o brasileiro, ao paroxismo do aguardo da trilha de quatro instâncias jurisdicionais (do 1º Grau, Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), para a configuração da reincidência e do início da execução da pena.

E as nulidades processuais agigantaram-se, com reflexos de monta na exigência de configuração da prova – à exacerbada interpretação do salutar e necessário *garantismo* processual penal – que, levado ao extremo, altera o foco da jurisdição penal do julgamento do fato para o julgamento exclusivamente formal do processo, voltando-se, sob nova roupagem, ao ultrapassado sistema de nulidades que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, quase centenário de 1940, já anatematizava como “frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades”¹².

8. Efeitos perversos da evolução

As conseqüências da combinação fatal do esboroamento dos preceptivos e dos sancionadores dos tipos do Direito Penal material e da exacerbção formal do processo penal, muito além da necessária garantia do devido processo legal, são explosivas e destroem a efetividade da sanção penal, levando ao sentimento de impunidade que, como na conhecida metáfora da bola de neve, cresce a cada inaplicação da sanção penal – criando verdadeira máquina de reprodução em escala crescente da criminalidade – no caso, a criminalidade violenta, a que se restringem estas observações.

¹⁰ V. § 153 StPO (Código de Processo Penal alemão): *Nichtverfolgung von Bagateltsachen*.

¹¹ No Direito Processual alemão, *Verdunkelungsgefahr*. No processo penal alemão, a prisão preventiva deve preencher, além do requisito da forte suspeita (*dringend Verdach*), um de quatro motivos: 1) fuga ou perigo de fuga (*Flucht oder Fluchtverdach*); 2) perigo de obscurecimento da prova (*Verdunkelungsgefahr*); 3) gravidade do fato (*Schwerer der Tat*) e 4) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*) – V. Sidnei Agostinho Beneti, *Prisão Provisória – direitos alemão e brasileiro*, Revista dos Tribunais, n. 669, p. 271.

¹² Francisco Campos, *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*, n. XVII.

Da impunidade resulta a quebra da prevenção geral, tornando-se insuficiente a prevenção especial da punição de cada delito em particular – em geral, após excessiva demora na trilha de custoso processo, pródigo na recorribilidade, por recursos propriamente ditos ou pela admissibilidade sem limites do habeas corpus.

Daí resultam algumas consequências de nítida evidência, no tocante ao enfraquecimento da prevenção geral – a percepção pública de que os delitos são punidos – a alimentar a impunidade:

a) quanto mais não se aplica a sanção penal, mais se encoraja a delinquência, de modo que esta aumenta, em quantidade e gravidade de casos;

b) ao aumento progressivo da criminalidade, pela impunidade, mais necessário será um dia retornar à sanção penal efetiva para a criminalidade violenta, com a retirada de criminosos perigosos e profissionalizados do convívio social, pela prisão – a título de defesa social. Quer dizer: se, de início, uma efetiva persecução penal implica exigência de aumento considerável do número de vagas em presídios, a procrastinação de providências implica, no futuro, necessidade de número muito mais elevado;

c) a impunidade corrompe a todos, a humildes e a poderosos, incentivando o agir injusto, ao baixo risco de alguma consequência penal efetiva;

d) sem dúvida, a impunidade prejudica sobremaneira os mais humildes, que são os que têm de suportar ações delituosas violentas, habitando, com as famílias, locais fragilizados, sem condições de controle social efetivo, de deslocar-se em horas e locais desertos, atravessando terrenos perigosos e tomando conduções públicas vulneráveis – situações que nem mesmo o mais maciço policiamento será capaz de atalhar;

e) diante da ineficácia da prevenção geral, de nada adianta clamar pela atuação policial. Esta, em verdade, se desmoraliza a cada ação que ostensivamente em nada resulta, com o retorno do infrator à convivência imediata com vítimas e persecutores;

f) além disso, evidentemente, os primeiros a sentir a falta de efetividade da sanção penal, isto é, a crise de prevenção geral, são exatamente os maus integrantes de forças policiais, que, por um lado, percebem claramente o déficit de punibilidade, e, por outro, vêm-se sempre às voltas com claro dilema: agir contra o crime, expondo-se ao risco da ação, inclusive eventuais ocorrências indesejadas de momento, não levando, contudo, a nenhuma consequência punitiva efetiva, ou não agir, ao conforto da inação e, muitas vezes, com percepção de vantagem escusa pela omissão;

g) na crise de impunidade, sem dúvida, situa-se um dos fatores mais notáveis de destruição, a higidez de conduta exigida aos agentes da segurança pública.

9. Registros recentes

Nesse contexto de restabelecimento da efetividade da prevenção geral, situam-se alguns registros recentes:

a) em primeiro lugar, a autorização legal para a validade da colaboração premiada¹³, complementada por outras provas amealhadas no processo, poderoso instrumento

¹³ Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

de atingimento de meios de prova da infração penal, sobretudo em delitos de concussão, peculato, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal.

A experiência, que já se havia provado eficaz, sobretudo em combate à criminalidade mafiosa na Itália, vem abrindo novos horizontes à sensação de quebra da cadeia psicológica de impunidade e, conseqüentemente, vem fortalecendo a prevenção geral;

b) em segundo lugar, cumpre lembrar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.291-SP, j. 21.2.2016, Rel. Min. Teori Zavascki, que veio a autorizar a prisão do condenado a pena privativa de liberdade imediatamente após o julgamento condenatório por Tribunal de Apelação, independentemente da consideração dos requisitos da prisão preventiva¹⁴.

Esse julgamento, aliás, repristina os fundamentos da Súmula 9/STJ, posterior à Constituição de 1988 (mas, atente-se, editada sob a égide da anterior redação do art. 594 do Código de Processo Penal), forte em julgamentos de que relator o saudoso Ministro Assis Toledo, a quem tanto se deve da oportuna humanização *garantista* do Direito Processual Penal brasileiro, dispondo aludida Súmula 9/STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”;

c) em terceiro lugar, no tocante a delitos relativos à organização criminosa ou com a participação de vários agentes, deve-se lembrar o desenvolvimento atual da teoria do domínio do fato, importantíssima para atingir a punição efetiva de comandantes de grupos que se dediquem à delinquência.

Essa teoria, que por vezes se presta a acentuada controvérsia a respeito das dimensões subjetivas para a condenação de agentes fisicamente distantes do local da prática do delito, tornou-se essencial à prevenção geral na sociedade moderna, bastando registrar que, sem ela, não teriam sido atingidos pela sanção penal os governantes Augusto Pinochet, no Chile, e Jorge Videla, na Argentina.¹⁵

10. Novos rumos

No momento histórico atual, o pêndulo do Direito Penal e do Direito Processual Penal começa a voltar-se, visivelmente, no sentido do retorno à efetividade da prevenção geral, para a recuperação da confiança pública na sanção penal.

Afinal, o sentimento público de que o cometimento do delito leva à consequência sancionadora penal constitui elemento essencial da própria existência do Direito Penal e, mais que isto, do próprio Estado de Direito.

Como está na conhecida frase de von Ihering: “O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a

¹⁴ Arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

¹⁵ A teoria do domínio do fato remonta a Hans Welzel, em 1939, desenvolvendo-se ulteriormente por Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963 – nunca prescindindo, frise-se, da complementação de outras provas do conhecimento da ação criminosa e do efetivo controle, por ação ou omissão.

espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Ou, como o mesmo von Ihering arremata: “Regra jurídica sem coação é uma contração em si, um fogo que não queima, uma luz que não ilumina¹⁶”.

São Paulo, 1º de março de 2016.

¹⁶ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito (Der Kampf um Recht)*. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Passim.