

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Programa de Pós-Graduação em Sociologia – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

As reformas penais no Brasil e na Argentina nos anos 90 – Uma abordagem sócio-jurídica

Resumo: No contexto dos processos de democratização do continente latino-americano, que ocorreram paralelamente a uma crise do sistema judicial e ao aumento da criminalidade, Brasil e Argentina promoveram significativas alterações legislativas no âmbito da justiça penal, com a criminalização de novas condutas, a criação de mecanismos informais para o processamento de delitos de menor potencial ofensivo e o aumento das penas e a relativização de garantias processuais para determinados delitos. Pretendemos identificar nesse conjunto de movimentos de política criminal a emergência de um novo modelo de controle penal em países situados no contexto da modernidade periférica. Constatou-se, entre outras, uma tendência à expansão e à desformalização do direito penal, como recurso na maioria das vezes meramente simbólico para o enfrentamento de problemas sociais cada vez mais complexos e desafiadores para as estruturas do Estado moderno.

Entre o conjunto de reformas no funcionamento da máquina estatal, realizadas nos países da América Latina a partir do final dos anos 80, e que tiveram por objetivo tanto a reconstituição e modernização de uma institucionalidade democrática quanto a adequação ao chamado “Consenso de Washington”, no sentido de uma redução da atividade estatal às tarefas essenciais de promoção do crescimento econômico e manutenção da ordem (Sidicaro, 2001), uma das áreas em que tais mudanças vem ocorrendo, de forma pontual, fragmentada e muitas vezes contraditória, é a que diz respeito ao poder de punir do Estado: a administração do controle penal, desde a tipificação de novos delitos até o funcionamento dos órgãos policiais, passando pelos procedimentos dos órgãos oficiais de administração da justiça e o sistema prisional.

Com a redemocratização, os novos administradores do Estado, agora eleitos pelo voto popular, se depararam com uma situação de aumento das taxas de criminalidade, decorrente de fatores como a grande concentração populacional produzida pela migração do campo para as grandes metrópoles urbanas, consolidada no Brasil durante o período de governo militar, que através do arbítrio represou muitos bolsões de conflitualidade social emergente (Adorno, 1994).

Para os novos governos eleitos na região, em todas as esferas de administração (federal, estadual e municipal), o problema da segurança pública tem sido colocado como uma das principais demandas da chamada “opinião pública”, muitas vezes amplificada por via da atuação dos meios de comunicação de massa. O “sentimento de insegurança” é crescente, com o aumento da percepção pública a respeito das diversas formas da criminalidade, desde a economia do tráfico na favela e a criminalidade urbana violenta até os centros dos sistemas político e financeiro, onde ocorre a lavagem de dinheiro e o desvio de recursos públicos para o enriquecimento privado. A resposta estatal é insistentemente cobrada, e colocada no centro do debate político em períodos eleitorais.

O resultado é a crescente perda de legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população (Zaffaroni, 1991). O sistema político reage com as propostas de reforma do sistema de controle penal.

Em relação à polícia, o debate gira em torno da sua reciclagem, para atuar em um Estado Democrático de Direito, visando assegurar os direitos de cidadania de toda a população, e não apenas das elites; também com vistas à economia administrativa e à racionalização dos esforços de informação e prevenção necessários ao enfrentamento da criminalidade em seus vários níveis, com a redução da seletividade na atividade policial, ou o seu redirecionamento para os delitos mais graves em termos de consequências sociais. Tais mudanças esbarram em uma cultura repressiva, fruto do papel historicamente desempenhado pela polícia em países com tamanha desigualdade social como Brasil e Argentina.

O sistema judicial é alvo de constantes propostas de mudança, que ocorrem de forma fragmentada, através de leis muitas vezes feitas ao sabor dos clamores da opinião pública, amplificados pela mídia, sem uma unidade capaz de garantir um mínimo de segurança jurídica e coerência interna (Koerner, 2000). Novos delitos são criados, novas áreas de criminalização aparecem, novos procedimentos são propostos, tudo na tentativa de recuperar a legitimidade perdida e um mínimo de eficácia frente a uma realidade social que cada vez mais foge ao controle dos mecanismos institucionais de controle penal.

O sistema prisional, carente de meios para responder ao número crescente de condenados que lhe é enviado, tradicionalmente degradante e estigmatizante em todo o sub continente, carece de toda a possibilidade de ressocialização, servindo mais como ponto de

reunião de toda uma cultura da delinquência, cujos maiores autores dificilmente recebem uma pena privativa de liberdade (Velho e Alvito, 1996: 290-304).

No caso do Brasil, o retorno à democracia efetivou-se com a intensificação sem precedentes da criminalidade. Segundo Kant de Lima, Misse e Miranda,

A maior parte dos estudos tende a localizar, entre meados e o final dos anos 70, uma mudança de padrão na criminalidade urbana, especialmente no Rio de Janeiro, em São Paulo e em Belo Horizonte: aumento generalizado de roubos e furtos a residências, veículos e transeuntes, um grau maior de organização social do crime, incremento da violência nas ações criminais; aumento acentuado nas taxas de homicídio e de outros crimes violentos e o aparecimento de quadrilhas de assaltantes de bancos e instituições financeiras. Essa mudança de padrão se consolidaria e se expandiria nos anos 80, com a generalização do tráfico de drogas, especialmente da cocaína, e com a substituição de armas convencionais por outras, tecnologicamente sofisticadas, com alto poder de destruição. (2000: 49)

A análise da evolução do número de homicídios no Brasil entre 1979 e 1997 confirma a afirmação de incremento do número de delitos violentos no período:¹

Ano	Total	Varição
1979	11194	
1980	13910	24,26%
1981	15213	9,37%
1982	15550	2,22%
1983	17408	11,95%
1984	19767	13,55%
1985	19747	- 0,10%
1986	20481	3,72%
1987	23087	12,72%
1988	23357	1,17%
1989	28757	23,12%
1990	31989	11,24%
1991	30750	- 3,87%
1992	28435	- 7,53%
1993	30610	7,65%
1994	32603	6,51%
1995	37129	13,88%
1996	38894	4,75%
1997	40507	4,15%

Fonte: Ministério da Saúde/FNS/Cenepi/Sistema de Informação sobre a Mortalidade (SIM) e IBGE.

¹ Para um amplo estudo da evolução das taxas de criminalidade no Brasil, a partir dos dados disponíveis, especialmente no município de São Paulo, vide Caldeira (2000). Para uma análise etnográfica das relações entre o crescimento da violência na periferia dos centros urbanos brasileiros, vide Zaluar (1994, 1996).

Reconhecendo a complexidade do fenômeno, Angelina Peralva propõe quatro eixos principais de análise, relacionados à continuidade autoritária, desorganização das instituições, pobreza e mudança social² (2000: 74).

A continuidade autoritária representa a maneira pela qual o poder dos militares foi transferido aos civis. Em 1979, com o fim do AI-5, o governo federal, no plano da segurança pública, resistiu a transmitir poderes para os governos estaduais. Enquanto a polícia civil era controlada pelos governos locais, a polícia militar, desde o decreto-lei 667 de 2 de junho de 1969, era tutelada diretamente pelo Ministério do Exército. Ora, isto, em termos práticos, representa um legado autoritário nas práticas de repressão de delitos por esta instituição, que ficou despreparada para agir com a redemocratização e a necessidade de respeito aos direitos civis e políticos. Além disso,

Na virada dos anos 80, a dramatização pela mídia da violência urbana parece ter oferecido uma problemática alternativa à da revolução armada a um regime militar enfraquecido, cujo aparelho policial estava em vias de tornar-se órfão da ditadura. O tema da criminalidade era uma justificativa sob medida para explicar a resistência oposta a qualquer veleidade de reforma desse aparelho. (Peralva, 2000: 77)

A desorganização das instituições responsáveis pela ordem pública no momento do retorno à democracia deveu-se à continuidade entre o antigo regime autoritário e o regime democrático nascente no plano da segurança pública, no quadro de uma transição longa e difícil. Se os militares criaram nos primeiros tempos obstáculos legais que impediram a reforma da polícia, eles já não eram mais capazes de continuar exercendo sobre ela um verdadeiro controle. A polícia foi se tornando assim cada vez mais autônoma com relação às suas autoridades de controle. Não somente cresceram as violações aos direitos da pessoa, como também diversificaram-se as práticas criminosas envolvendo diretamente policiais.

Embora não se possa estabelecer uma relação direta de causa e efeito entre pobreza e violência, é inegável que a geografia das mortes violentas demonstra uma concentração nas periferias pobres e não nos bairros ricos. Lembrando a lição de Paulo Sérgio Pinheiro de que há uma interdependência de fato entre os direitos políticos, civis e socioeconômicos, Angelina

² No mesmo sentido, Teresa Caldeira (2000): “Para explicar o aumento da violência, temos que entender o contexto sociocultural em que se dá o apoio da população ao uso da violência como forma de punição e repressão ao crime, concepções do corpo que legitimam intervenções violentas, o status dos direitos individuais, a descrença no judiciário e sua capacidade de mediar conflitos, o padrão violento do desempenho da polícia e reações à consolidação do regime democrático” (134).

Peralva vai destacar que o tema da desigualdade social não pode ser dissociado das explicações para a criminalidade (2000: 82).

Para Teresa Caldeira,

A profunda desigualdade que permeia a sociedade brasileira certamente serve de pano de fundo à violência cotidiana e ao crime. A associação de pobreza e crime é sempre a primeira que vem à mente das pessoas quando se fala de violência. Além disso, todos os dados indicam que o crime violento está distribuído desigualmente e afeta especialmente os pobres. No entanto, desigualdade e pobreza sempre caracterizaram a sociedade brasileira e é difícil argumentar que apenas elas explicam o recente aumento da criminalidade violenta. Na verdade, se a desigualdade é um fator explicativo importante, não é pelo fato de a pobreza estar correlacionada diretamente com a criminalidade, mas sim porque ela reproduz a vitimização e a criminalização dos pobres, o desrespeito aos seus direitos e a sua falta de acesso à justiça. De maneira similar, se o desempenho da polícia é um fator importante para explicar os altos níveis de violência, isso está relacionado menos ao número de policiais e a seu equipamento e mais aos seus padrões de comportamento, padrões esses que parecem ter se tornado cada vez mais ilegais e violentos nos últimos anos. A polícia, mais do que garantir direitos e coibir a violência, está de fato contribuindo para a erosão dos direitos dos cidadãos e para o aumento da violência. (2000: 134)

Por fim, discutindo o impacto da modernização cultural da sociedade brasileira³, em que o individualismo de massa substituiu amplamente as relações de tipo hierárquico e a pobreza perdeu o conteúdo cultural positivo de que se revestiu no passado, Peralva constata uma nova conflitualidade urbana, que por sua vez contribui para a geração de um sentimento de medo e risco social, alimentando a dinâmica da violência (2000: 84). Segundo ela, no caso brasileiro

é sobretudo a ausência de mecanismos de regulação apropriados a um novo tipo de sociedade emergente que explica a importância dos fenômenos de violência mais maciços e mais espetaculares; quer sejam aqueles ligados à desorganização social nas periferias pobres paulistas, que engendraram uma sociabilidade conflitiva, tornada em forte medida mortífera em razão dos níveis de circulação de armas de fogo; quer sejam aqueles ligados, como no caso do Rio de Janeiro, a um narcotráfico militarizado, objeto, por parte da polícia, de uma repressão igualmente militarizada. (Peralva, 2000: 85)

O Programa de Governo apresentado pelo então candidato a presidência Fernando Henrique Cardoso, em 1994, propunha a retomada do controle da criminalidade mediante rigoroso cumprimento da lei, através das seguintes linhas de ação: (a) estreitar a cooperação com os estados e municípios na defesa da segurança pública; (b) justiça mais rápida e acessível para todos; (c) implementação e aperfeiçoamento do sistema penitenciário previsto

³ Para uma análise dos processos de transformação da estrutura social e institucional da sociedade brasileira – as sequelas da inflação, o impacto das privatizações, o papel do consumo e do consumidor, as novas identidades coletivas, a judicialização do processo social na última década — vide Bernardo Sorj (2000).

na legislação vigente; (d) fortalecer os órgãos federais de segurança e fiscalização (Adorno, 2000: 131).

Nos quatro primeiros anos do governo de Fernando Henrique Cardoso, as tendências de crescimento dos crimes e da violência permaneceram elevadas. O conjunto de iniciativas não foram poucas, e os resultados não podem ser menosprezados, mas foram encobertos por circunstâncias políticas e pela própria dinâmica social. O acentuado sentimento de medo e insegurança diante da violência e do crime, o peso do autoritarismo social e da herança do regime ditatorial nas agências encarregadas do controle do crime, o déficit de funcionamento da justiça penal em todas as suas instâncias, a polarização de opiniões pró e contra os direitos humanos, são apontados por Sérgio Adorno como elementos que tornaram o cenário social no qual as questões de segurança pública e justiça penal são tratadas extremamente complexo (Adorno, 1999: 133-135).

Ainda persiste, na opinião de Adorno, uma violenta crise no sistema de justiça criminal (incapacidade do Estado em aplicar as leis e garantir a segurança da população): os crimes crescem em velocidade acelerada, muito além da capacidade de resposta por parte das agências encarregadas do controle repressivo da ordem pública; cresce o sentimento coletivo de impunidade (os crimes crescem, se tornam mais violentos e não chegam a ser punidos); também ocorrem outras conseqüências: aumento da seletividade dos casos a serem investigados com o conseqüente aumento do arbítrio e da corrupção; excesso de formalismos contribuindo para acentuar a morosidade judicial e processual; elevado número de casos arquivados por impossibilidade de investigá-los (Adorno, 1999: 140).

O âmbito da defesa dos direitos humanos foi onde as iniciativas do governo brasileiro ganharam maior notoriedade. Em 1996, é editado o *Programa Nacional de Direitos Humanos*, contendo 226 propostas fruto do entendimento entre lideranças políticas e da sociedade civil. É decorrência da Conferência Mundial dos Direitos Humanos ocorrida em Viena, em 1993, sendo o primeiro da América Latina.

O maior êxito foi colocar os direitos humanos na agenda política brasileira. Mas o Programa Nacional de Direitos Humanos não logrou reduzir ou mitigar os sentimentos coletivos de medo e insegurança da população e não teve maior efeito na contenção da criminalidade. O desafio é avaliar se essa nova concepção pode contribuir efetivamente para diminuir a violência e a criminalidade e para aumentar o grau de respeito aos direitos humanos no país. Uma crítica recorrente é que o programa não aborda os direitos econômicos

e sociais, e os movimentos de direitos humanos questionam a possibilidade de alcançar avanços reais e concretos caso problemas econômicos e sociais não sejam equacionados.

O Programa Nacional de Direitos Humanos buscou, no campo da segurança pública, priorizar os abusos de poder cometidos por autoridades públicas. Mas isso não é suficiente para enfrentar o aumento da criminalidade. Enfrentar de fato o problema da violência e do crime envolve profunda mudança no sistema de justiça criminal: trata-se de conceber a justiça como instrumento efetivo de mediação pública nos conflitos entre particulares e entre estes e o Estado. Mas, como lembra Adorno,

A reforma do sistema de justiça é um processo político complexo e que requer muita habilidade política e sobretudo doses elevadas de negociações, já que envolvem interesses corporativos que necessitam ser trincados e bloqueados. Dada a natureza do sistema de justiça e a distribuição de competências entre estados e federação, estabelecida constitucionalmente, qualquer projeto de reforma deverá passar necessariamente pelos governos estaduais e pelas lideranças políticas locais. Salvo exceções, predominam nessas áreas os interesses mais conservadores no tocante ao controle da ordem social, à contenção repressiva dos crimes e ao trato nas questões de segurança pública. Mesmo quando toleram falar em direitos humanos, desconfiam com frequência das soluções liberais e da aposta em políticas distributivas. Ao contrário, enfatizam as políticas retributivas, que sustentam maior rigor punitivo, se possível concentrado em penas restritivas de liberdade, além da maior liberdade de ação para as agências policiais no “combate” ao crime. Dado que essas forças sociais sustentam suas representações políticas nas esferas federais, em especial na câmara e no Senado, é pouco provável que uma reforma radical do sistema de justiça criminal compatível com uma política de direitos humanos adquira lastro político entre distintos segmentos sociais a ponto de romper com os atuais constrangimentos institucionais, corporativos e políticos. (Adorno, 1999: 149)

Na Argentina, as taxas de delito mostram claramente a situação de rápida deterioração da qualidade de vida no país nos últimos quinze anos. Conforme estudo realizado por Eugenio Burzaco,

En este lapso se ha duplicado la tasa de homicidios intencionales, pasando aproximadamente de cuatro a ocho crímenes cada cien mil habitantes. Los delitos contra la propiedad se han triplicado, situación que se vio agravada en el último lustro, período en que el número de denuncias penales aumentó en un 70% en la Capital Federal y prácticamente un 100% en la provincia de Buenos Aires. Otro índice significativo de estos últimos años es el que detecta los actos de violencia que se registran en el momento en que ocurren los delitos: en esas circunstancias, en 1995 murieron en la Capital Federal 42 civiles y 1 funcionario policial, cifra que creció, hacia 1999, a 71 civiles y 10 policías. En el mismo lapso, en la provincia de Buenos Aires se comprobó un aumento de mortalidad delictiva que fue de 123 civiles y 28 policías a 202 y 66 en 1999. En el mismo curso de acontecimientos degradantes, también aumentaron notablemente los delitos en general, ya sea que miremos las estadísticas oficiales o el incremento en el número de denuncias o bien observemos lo que dicen las encuestas de victimización. (Burzaco, 2001: 7)

Da mesma forma que no caso brasileiro, diversas são as tentativas de explicação para este fenômeno, intrinsecamente complexo e multicausal. Entre elas se destaca, em primeiro lugar, a situação de crise das instituições de segurança pública – polícia, justiça penal e sistema penitenciário.⁴ São constatados, neste âmbito, problemas que se relacionam com erros de funcionamento e desenho organizacional que dificultam a celeridade e eficiência dessas instituições; falta de recursos orçamentários e tecnológicos frente ao aumento da criminalidade; distanciamento entre as instituições de segurança pública e a sociedade civil.

Um estudo realizado pelo instituto Gallup, em 1988, com juízes argentinos, constatou que, para eles, as cinco causas principais que levavam à falta de credibilidade das instituições judiciais argentinas seriam os próprios juízes (atos de desonestidade, excessiva exposição na mídia); os meios de comunicação (excessiva divulgação de atos de corrupção); dependência da justiça em relação ao poder político (falta de independência dos juízes); lentidão para a resolução de conflitos (excesso de trabalho, procedimentos inadequados, falta de infraestrutura, falta de pessoal, escassa informatização); e a forma de seleção dos juízes (pouca transparência e idoneidade). Para Burzaco, “de alguna manera esta correcta autopercepción desde adentro del sistema se traslada al ciudadano y define a la sociedad argentina como la que más desconfía de su sistema judicial en un grupo de 18 países latinoamericanos” (Burzaco, 2001: 62).

Na justiça penal argentina, a proporção de sentenças com relação ao total de acusados por um delito diminuiu de 9% em 1991 a 5% em 1997, o que leva a uma situação em que dois terços dos presos no país se encontram encarcerados sem contar com uma sentença definitiva, o que coloca a Argentina com uma das piores situações em toda a América Latina (Burzaco, 2001: 63).

O mau funcionamento do sistema judicial penal argentino começa pela falta de recursos humanos, técnicos e materiais no plano da investigação policial, somada à não investigação de determinados delitos em virtude da designação política de juízes que respondem à influência de seus padrinhos políticos ou carecem de formação adequada para enfrentar a complexidade de uma investigação criminal. A falta de resposta à criminalidade “comum” se soma a nula capacidade de resolver delitos de colarinho branco. Conforme Burzaco,

⁴ Para uma análise mais ampla da crise do Estado na Argentina na década de noventa e seus antecedentes históricos, vide Ricardo Sidicaro (2001).

Estos delitos, que afectan gravemente a nuestras instituciones, y que en la mayoría de los casos implican un costo económico mayor para la sociedad, quedan virtualmente impunes en nuestro sistema legal, pese a que el Código Penal prevé y determina claras penas para quienes los cometen. (...) En definitiva, la escasa respuesta del sistema pena al ciudadano, reflejado en el bajísimo número de sentencias emitidas; un diseño organizacional que es acompañado por un marco de incentivos perverso; cierta tendencia a penalizar algunos tipos de delitos y otros no; y la existencia de instrumentos legales que quitan transparencia al sistema son todos elementos que contribuyen a disminuir el poder disuasivo de la justicia y provocan un descreimiento en la sociedad, que termina no buscando en las instituciones apropiadas soluciones a sus problemas. (Burzaco, 2001: 69)

Outro âmbito de análise se vincula ao impacto das variações socio-econômicas sobre as taxas de criminalidade, particularmente, no caso argentino, a situação de recessão e crise econômica que marcou toda a última década e agravou-se no último período. A relação entre desemprego, especialmente da população jovem, e as taxas de delito, tem sido apontada como promotora de delitos, especialmente quando se complementa com outros fatores de risco, como o crescimento da desigualdade social, o aumento da urbanização, o crescimento da população jovem sobre o conjunto da população, e ainda o efeito catalisador exercido pelo tráfico de drogas sobre as taxas de delitos.

Desde 1999 a Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), vinculada ao Ministerio de Justicia y Derechos Humanos da Argentina, vem desenvolvendo o Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), visando a coleta, produção e análise de informações estatísticas sobre o delito na Argentina. As estatísticas são produzidas com base nos registros de fatos presumidamente delitivos realizados e informados pelas forças de segurança pública – Polícia Federal, Polícias Provinciais, Gendarmeria Nacional e Prefeitura Naval Argentina.

Entre 1990 e 2000, a taxa de delitos registrados a cada 100.000 habitantes variou de 1.722 para 3.051, representando um incremento da ordem de 77% da taxa de delitos registrados. O maior aumento se verificou entre os anos de 1998 e 1999, com um salto de 349 delitos registrados para cada 100.000 habitantes a mais de um ano para outro. Os delitos contra a propriedade tiveram variação positiva de 64%, enquanto que os delitos contra a pessoa apresentaram um incremento da ordem de 126%.

A comparação entre os fatos delitivos registrados pela polícia e as sentenças condenatórias ditadas pela justiça criminal permite observar o ocorrido nos dois extremos do sistema de justiça criminal da Argentina no ano 2000. Para compreender o significado desta

comparação, é preciso levar em conta que a maior parte das sentenças condenatórias proferidas durante um ano não se referem aos fatos ocorridos naquele mesmo ano, assim como considerar que existem uma série de mecanismos de desviação dos fatos presumidamente delitivos registrados pela polícia do procedimento judicial penal, no âmbito do trabalho de investigação policial, do ministério público, ou mesmo em virtude da inimputabilidade do autor do fato.

Comparando-se o conjunto de fatos presumidamente delitivos registrados na Argentina no ano 2000 com o número de sentenças condenatórias, se observa que estas últimas representam 1,63% do total de fatos. Este indicador negativo da eficácia do sistema penal é um fenômeno visível em toda a série histórica da década de 90.

A DNPC é responsável também pela realização de estudos de vitimização, baseados em entrevistas com a população em geral, mediante pesquisa com amostra representativa. Nestas pesquisas, realizadas anualmente, pergunta-se aos entrevistados se foram vítimas de algum delito no último ano, e em caso afirmativo se denunciaram o fato à polícia.

De acordo com as pesquisas de vitimização realizadas nas cidades de Buenos Aires, Rosário, Córdoba, Mendoza e na Grande Buenos Aires no ano 2000, somente 28,2% das pessoas que sofreram algum tipo de delito denunciaram o fato à polícia, contra 33,8% no ano de 1999. Desagregando-se a amostra por tipo de delito, constata-se que 10,7% do total de entrevistados disse ter sofrido algum tipo de roubo com violência, dos quais 35,8% denunciaram o fato à polícia. Este é um dos delitos com maior taxa de denúncia, junto com o roubo de veículo, cuja taxa fica ao redor de 90% de denúncias, devido à necessidade de comprovar o fato junto à companhia seguradora do veículo, e o furto de residência, denunciado por 38,6% das vítimas no ano 2000 e por 39,5% em 1999. Já o furto simples tem uma baixa taxa de denúncia, com 22,5% em 2000 e 24,9% em 1999.

Segundo os resultados da pesquisa de vitimização realizada no ano 2000, 9,3% dos entrevistados foi vítima de furto de objeto em veículo, 6,2% de furto pessoal, 5,1% de roubo ou furto em residência e 3,4% de roubo ou furto de veículo. Estes dados demonstram o valor relativo dos registros policiais, já que não incluem a quase metade dos roubos e a maior parte dos furtos de fato ocorridos. A comparação demonstra também que, embora o número de registros policiais de delitos contra a propriedade tenha aumentado na cidade de Buenos Aires, as pesquisas de vitimização indicam uma diminuição deste tipo de delito no último ano.

Com base em um trabalho de acompanhamento estatístico das taxas de criminalidade, e também questões relacionadas com a situação do sistema penitenciário, a reforma processual penal, os meios alternativos de resolução de conflitos, entre outras, a DNPC apresentou, no ano de 1999, um Plano Nacional de Prevenção ao Delito para a Argentina, integrado por ações de competência do governo nacional e outras de competência dos governos locais, que poderão contar com o assessoramento e a coordenação do Ministério da Justiça.

O Plano foi estruturado em três partes, correspondendo cada uma aos três níveis de prevenção ao delito, quais sejam: a prevenção primária, envolvendo uma campanha nacional de comunicação e conscientização através da mídia e das escolas; a prevenção secundária, envolvendo ações de gestão comunitária da segurança pública; e a prevenção terciária, através do aperfeiçoamento e racionalização do sistema de investigação, processamento e resolução extrajudicial de conflitos, bem como o aperfeiçoamento do sistema de resposta ao delito.

1. Estrutura organizacional do Sistema de Justiça Penal no Brasil e na Argentina

A estrutura judiciária brasileira tem suas bases estabelecidas pelo Capítulo III do Título IV da Constituição Federal. No topo se encontra o Supremo Tribunal Federal (STF), composto por onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Em matéria penal, compete ao STF julgar originariamente as infrações penais comuns de que sejam acusados o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Compete também ao STF o julgamento originário, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assim como do *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas anteriormente, ou quando o coator for Tribunal Superior, ou ainda quando paciente ou coator for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, e ainda a extradição solicitada por Estado estrangeiro, a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados. Em recurso ordinário, compete ao STF o julgamento do *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Abaixo do STF a Constituição de 1988 estabelece também a competência criminal para o Superior Tribunal de justiça – STJ; Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Superior Tribunal Militar – STM. Estabelece também a Constituição a divisão da Justiça brasileira em federal e comum. A Justiça Federal está dividida em três instâncias: a Justiça de 1º grau, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça. A Justiça Comum está estruturada em três graus, quais sejam: a Justiça de 1º grau nos estados, os Tribunais de Justiça dos estados e o Superior Tribunal de Justiça. A competência da Justiça Federal está estabelecida nos arts. 108 e 109 da CF, ficando para a Justiça Comum a chamada competência residual. Nos estados, a Justiça Comum está estruturada de acordo com as Leis Estaduais de Organização Judiciária.

O rito processual padrão estabelecido pelo Código de Processo Penal chama-se rito ordinário, para a apuração dos crimes apenados com a pena de reclusão. Como regra geral, o processo não pode ser julgado à revelia (Lei 9261/96), devendo o réu, se não localizado, ser citado por edital. Em caso de não comparecimento, o procedimento será suspenso, assim como o prazo prescricional.

Após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, tendo por base o inquérito policial, é designada data para o interrogatório do acusado, para em seguida ser oferecida a “defesa prévia”, onde deverão estar arroladas as testemunhas de defesa. Em seguida serão ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, abrindo-se prazo para os últimos requerimentos, alegações finais do Ministério Público e da defesa, seguindo-se a sentença, recorrível por apelação.

O rito sumário é cabível para os crimes apenados com detenção e prisão simples, e é caracterizado pela concentração dos atos processuais e pela oralidade. Após o recebimento da denúncia segue-se o interrogatório do acusado e a audiência de instrução, debates e julgamento.

Para os delitos chamados de menor potencial ofensivo, com pena máxima até dois anos de reclusão, a Constituição Federal autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais, regulamentados pela Lei 9.099/95. Neste caso, é dispensada a realização do inquérito policial, e existe a possibilidade de conciliação entre vítima e autor do fato, para composição dos danos, bem como de transação oferecida pelo Ministério Público para o cumprimento de pena alternativa sem reconhecimento de culpa, e ainda a suspensão condicional do processo, que é

cabível não só para os delitos de competência dos Juizados, mas para todos aqueles cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

Neste último caso o Ministério Público proporá a suspensão por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Não sendo o caso de nenhuma destas hipóteses, o processo prosseguirá com o oferecimento da denúncia e rito sumário, marcado pela oralidade e concentração dos atos processuais, e prolação da sentença em audiência.

Além destes procedimentos, a legislação processual brasileira prevê ainda uma série de procedimentos especiais, entre os quais os que se encontram na lei de entorpecentes, lei de imprensa, lei de falências, crime de abuso de autoridade, ação penal privada por crime contra a honra e outros.

O mais complexo dos ritos especiais é o que diz respeito ao julgamento pelo Tribunal do júri, previsto no art. 5º da CF. Em sua primeira fase, o procedimento se desenrola perante o juiz singular, que deverá decidir pela pronúncia (caso em que a questão será julgada pelo Tribunal do Júri) ou pela impronúncia. Neste último caso, o processo poderá sofrer arquivamento provisório por não existirem indícios suficientes de autoria, ou o réu absolvido por provas incontestes de ocorrência de legítima defesa ou outra causa de justificação, ou ainda o crime não se configura como doloso contra a vida, quando então será desclassificado e julgado pelo próprio juiz togado.

Com a decisão de pronúncia, tem início a segunda etapa do procedimento do Júri, desenvolvido em audiência com a presença de sete jurados sorteados na data da sessão de julgamento, onde ocorrerá a oitiva das testemunhas e debates entre defesa e Ministério Público. Ao final da sessão, os jurados reúnem-se em sala denominada “secreta” e deliberam sobre uma série de quesitos sobre as teses do MP e da defesa, respondendo a elas “sim” ou “não”, alcançando-se o veredito por maioria de votos.

Em geral, as sentenças condenatórias ou absolutórias podem ser atacadas por meio do recurso de apelação, cujo prazo de interposição é de cinco dias. Contra as decisões interlocutórias é cabível o recurso em sentido estrito. No caso do Júri existe a possibilidade do recurso específico denominado “protesto por novo Júri”, nos casos em que a pena pelo crime doloso contra a vida é superior a vinte anos. Das decisões judiciais tomadas ao longo do processo de execução da pena cabe o recurso de agravo. Quando o recurso se refere a matéria de previsão constitucional, há ainda a possibilidade de ingressar com o recurso extraordinário

junto ao STF, para atacar decisão ofensiva à Constituição, e com o recurso especial frente ao STJ, quando se tratar de sentença atacada por ofensa a lei federal.

Durante o processo penal é possível a decretação da prisão do acusado, nos casos de prisão temporária, prisão preventiva e prisão em virtude de pronúncia. A prisão preventiva é autorizada pelo Código de Processo Penal para “garantir a ordem pública, a instrução criminal e a futura aplicação da lei penal”. No caso dos delitos rotulados como “hediondos” pela Lei 8.072/90, existe a obrigatoriedade de decretação da prisão preventiva do acusado no curso do processo.

O Código de Processo Penal (CPP) não estabelece prazo para a duração da prisão preventiva, mas foi firmado doutrinária e jurisprudencialmente o entendimento de que o prazo máximo é de oitenta e um dias para o rito ordinário, e de trinta e seis dias em algumas leis especiais. A prisão preventiva além destes prazos constitui constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*.

Na Argentina, a organização federativa do Estado argentino determina que cada província ou estado federado organize sua própria polícia para atender suas necessidades de segurança e investigação criminal (Constitución de la Nación - CN, art. 121 e 122). O Estado federal, por sua vez, organiza sua própria polícia (Federal), para as questões sobre as quais detém a competência exclusiva (CN, art. 75, inciso 30), ou em matérias a respeito de pessoas para as quais se delegou a jurisdição ao governo federal (CN, art. 116 e 117).

A Polícia Federal se divide em polícia preventiva e polícia investigativa, sendo as funções de investigação coordenadas pelo juiz de instrução, conforme regulado pelo CPP no Capítulo II do Livro II, e consistindo em receber denúncias, investigar por iniciativa própria os delitos de ação pública, impedir que os fatos cometidos sejam levados a consequências maiores e posteriores, interrogar testemunhas, prender sem ordem judicial ao presumidamente responsável por um fato punível sob circunstâncias excepcionais e por um período de no máximo seis horas, improrrogável salvo mediante ordem judicial. Não se permite à polícia, em nenhum caso, interrogar ao imputado, abrir a correspondência apreendida ou ingressar em domicílio fora dos casos de necessidade previstos no Código de Processo Penal.

Quanto à independência do Poder Judiciário em matéria penal, a Constituição argentina prevê a estabilidade dos juízes permanentes (art. 110), a intangibilidade de seus vencimentos (art. 110) e a proibição de que o Presidente da República possa exercer funções judiciais (art. 109). Tais garantias de independência externa não são acompanhadas por

garantias internas à independência do juiz individual frente à estrutura vertical da administração da justiça penal argentina, que consagra como obrigatórias para os tribunais inferiores as decisões emanadas das sessões unidas da *Cámara Nacional de Casación Penal* (CNCP).

Segundo Guariglia e Bertoni,

Distintos hechos de la vida política argentina, que demostraron un altísimo grado de promiscuidad entre poder político y administración de justicia, condujeron a que la reforma constitucional de 1994 modificara el régimen de nombramiento y remoción de magistrados inferiores, creando un Consejo de la Magistratura, encargado de elevar al Presidente de la Nación, después de un proceso de selección, ternas vinculantes de candidatos (CN, arts. 114 y 99, inciso 4º). El órgano ha sido sólo recientemente regalmentado y aún no ha sido constituido. (2000: 48-49)

O sistema penal argentino tem no seu centro estruturador os delitos que dão origem à persecução penal pública (delitos de ação penal pública). Juntamente com eles, o Código Penal argentino reconhece os delitos que requerem uma autorização inicial da vítima para que a persecução penal tenha início (delitos dependentes de instância privada - CP, art. 71 e 72), assim como delitos que estão for a do âmbito da persecução penal pública (delitos de ação penal privada – CP, art. 71 e 73).

A persecução penal pública compete de forma exclusiva ao Ministério Público, princípio estabelecido de forma expressa pela reforma constitucional de 1994 (art. 120), que conferiu ao Ministério Público independência e autonomia funcional e financeira em relação aos demais poderes. O Ministério Público está sujeito ao princípio da legalidade processual, entendido como a obrigação de promover a investigação frente à notícia do presumido cometimento de um delito (Código Penal - CP, art. 71). A rigidez deste sistema, no entanto, começou a atenuar-se com a admissão pelo legislador nacional da suspensão do procedimento probatório e a chamada instrução sumária e o juízo abreviado, modificações recentes que, sem constituir casos de prevalência do princípio da oportunidade sobre o da legalidade processual, colocaram nas mãos do Ministério Público certas faculdades discricionárias para a realização de acordos com o imputado.

Quanto às fontes normativas do processo penal argentino, no alto da pirâmide se encontram as disposições da Constituição aplicáveis (normas referidas à organização judicial – ex.: art. 118; e normas que consagram direitos e garantias individuais – ex.: art. 18). Junto a elas se encontram os tratados subscritos pela República Argentina, isto é, aprovado pelo

Congresso Nacional e ratificados pelo Poder Executivo Nacional. Os instrumentos internacionais de direitos humanos subscritos pela Argentina foram incorporados ao texto constitucional (CN, art. 75, inciso 22), o que lhes confere hierarquia idêntica às regras constitucionais.

As fontes legais inferiores ou comuns do direito processual penal argentino são: o Código Procesal Penal de la Nación (lei 23.984/1991, modificado pelas leis 24.825 e 24.826), a Ley de Competencia Penal del Poder Judicial de la Nación (ley 24.050/1991), a Ley de Implementación y Organización de la Justicia Penal (ley 24.121/1992) e a Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (ley 24.767/1997).

O procedimento comum previsto pelo CPP de 1992 está estruturado em forma bifásica. A notícia do cometimento de um delito dá lugar a uma etapa de investigação preliminar, altamente formalizada e burocrática (*instrucción*), colocada em regra nas mãos do juiz de instrução.⁵ Excepcionalmente pode ser conduzida pelo Ministério Público por delegação expressa do juiz de instrução (CPP, art. 196) ou por tratar-se de imputado pego em flagrante delito nos casos em que não cabe a aplicação de prisão preventiva (instrução sumária – CPP, art. 353 bis). A princípio, a instrução tem caráter preparatório para o juízo oral, com a finalidade de comprovar a existência de um fato punível e individualizar os presumidos autores e partícipes. No entanto, a excessiva tolerância do CPP para com a incorporação de atos de instrução por via de simples leitura em juízo confere a esta etapa uma transcendência excessiva na formação do juízo de culpabilidade (Guariglia e Bertoni, 2000: 53).

As características principais da etapa de instrução são a sua forma escrita, seu segredo absoluto para terceiros, temporalmente limitado (10 dias) para o imputado, não abrangendo para o mesmo os atos definitivos e irreproduzíveis e seu caráter inquisitorial, que se traduz em limitadas faculdades de intervenção do Ministério Público e da defesa durante o seu desenvolvimento.

A instrução tem início mediante requerimento do Ministério Público. Em seguida, começa a investigação, que contém uma decisão de mérito intermediária em que se fixa provisoriamente a imputação, pressuposto necessário para a aplicação de prisão preventiva ao imputado. Quando o juiz de instrução considera que a investigação foi concluída, envia as

⁵ Para uma abordagem crítica e comparativa dos diferentes sistemas de investigação preliminar no processo penal, vide Lopes Jr. (2001).

atas para o Ministério Público, para que este formule a acusação, solicite novas diligências ou o arquivamento do caso.

Passada a fase instrutória, a etapa em juízo é regida pelas regras do Livro III do CPP, estruturadas em uma fase de preparação do debate (atos preliminares) e uma fase de debate propriamente dito. Na fase preparatória se realizam o oferecimento de provas pelo Ministério Público e pela defesa e o tratamento das exceções, a designação de data para audiência e a decisão sobre a união ou separação de juízos para os casos de pluralidade de imputados ou pluralidade de fatos.

O debate é regido pelos princípios da oralidade, publicidade, imediatidade, continuidade, concentração e contraditório, salvo exceções previstas pelo CPP. Esta fase, assim como a anterior, se encontra em mãos do *Tribunal de Juicio*, que no procedimento comum é composto por três juízes profissionais. O juízo é dirigido pelo juiz presidente do tribunal, que acumula as funções de direção e poder de polícia e disciplina. É ele também quem interroga o imputado, testemunhas, peritos e intérpretes. O representante do Ministério Público e os defensores somente podem formular perguntas com autorização do juiz presidente, no momento em que este considere oportuno (CPP, art. 389).

O debate é concluído com a discussão final, em que o Ministério Público e o imputado, por meio de seu defensor, expõem seus argumentos ante o tribunal, que se retira para deliberar, e ao regressar à sala de audiências deve ler ao menos a parte dispositiva da sentença, podendo utilizar prazo de cinco dias para a leitura dos fundamentos da decisão. A sentença não pode abarcar fatos não contidos na acusação, no entanto pode aplicar, sem prévia advertência ao imputado, uma qualificação jurídica distinta daquela propugnada pelo Ministério Público, mesmo quando isso implique na aplicação de uma pena mais grave (CPP, art. 401), o que sem dúvida afeta o direito de defesa do imputado.

O principal recurso contra a sentença condenatória é o *recurso de casación*, cabível em caso de inobservância ou equivocada aplicação da lei substantiva (cassação material) ou inobservância das normas de procedimento (cassação formal). O recurso é apresentado perante o mesmo tribunal que ditou a sentença, que caso considere os requisitos de tempo e forma cumpridos, deve elevar o caso à *Cámara Nacional de Casación Penal* (CNCP). Comprovado o defeito assinalado pela impugnação, a CNCP deve anular a sentença e reenviar o caso a um tribunal distinto do anterior para novo julgamento, no caso de cassação formal, ou anular a sentença e ditar uma nova se se tratar de caso de cassação material.

Os demais recursos previstos pelo CPP são o recurso de inconstitucionalidade, também perante a CNCP, o recurso extraordinário, ante a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), e o recurso de revisão, que constitui uma ação judicial destinada a obter a revisão da sentença condenatória nos casos previstos pela lei processual.

A legislação processual penal argentina prevê ainda uma série de procedimentos especiais. Um deles é o chamado *procedimiento correccional*, previsto no CPP para delitos reprimidos com pena não privativa de liberdade ou cujo máximo não exceda 3 anos de prisão. Se aplicam as regras do procedimento comum, com as seguintes diferenças: o mesmo juiz que investiga é o encarregado de julgar em instância única o caso, com a consequente violação ao princípio de imparcialidade do julgador; certos prazos são abreviados; a confissão de culpabilidade do imputado pode conduzir à omissão de recepção de provas no debate, sempre que o juiz e as partes acordarem (CPP, art. 405 a 409).

No caso dos delitos de ação privada, o procedimento é regulado pelo Capítulo III do Título II do CPP, com bastante similitude em relação ao processo civil: a vontade das partes prevalece, e a conciliação entre elas encerra materialmente o processo, o que também acontece quando o querelado se retrata (CPP, art. 425). O querelante deve acionar continuamente o procedimento, conduzindo sua inatividade ou ausência em alguma das audiências à desistência da ação penal (art. 422 CPP).

As contravenções penais também tem regramento especial. Na cidade de Buenos Aires, a tipificação e julgamento das contravenções esteve historicamente nas mãos da Polícia Federal, com recurso judicial cabível ante a justiça correccional. As contravenções se encontravam estabelecidas em editos policiais, posteriormente recepcionados legislativamente, e constituíam na maioria dos casos tipos penais incompatíveis com o princípio da culpabilidade (vadiagem, mendicância, etc.).

Com a reforma constitucional de 1994, que tornou Buenos Aires uma cidade com status de província, e a promulgação da Constituição da Cidade de Buenos Aires em 1995, estabeleceu-se a nulidade dos editos policiais e a proibição, dentro dos limites da cidade, de todo tipo penal ou contravencional que implique em uma recepção legislativa de um Direito Penal do autor. Recentemente foi sancionado um Código de Convivência Urbana para a cidade de Buenos Aires, que tipifica as contravenções e deve ser aplicado por uma justiça contravencional, ainda não implementada.

2. As principais Reformas Penais no Brasil e na Argentina nos anos 90

2.1. A expansão do Direito Penal

Uma das tendências mais evidentes no tocante às normas penais nas sociedades contemporâneas é a da hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social que anteriormente não estavam regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

A resposta penal se converte em resposta simbólica⁶ oferecida pelo Estado frente as demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente, e não mais como instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos. Nos casos de Brasil e Argentina, como se verá a seguir, a inclusão de algumas novas áreas dentro do denominado controle penal formal, não foi compensada pela diminuição do rigor repressivo nas áreas tradicionalmente submetidas ao controle penal convencional.

Entre as áreas novas ou ao menos distintas das tradicionalmente contidas no Código Penal brasileiro e argentino, atingidas pela expansão do direito penal, cabe mencionar as disposições penais em matéria de delitos econômicos e financeiros – sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, etc. (Brasil e Argentina); a criminalização das condutas contrárias às relações de consumo (Brasil); a criminalização de delitos ambientais (Brasil) e relacionados com resíduos perigosos (Argentina); a tipificação de delitos de discriminação racial ou de outro tipo e da chamada criminalidade organizada⁷ (Brasil e Argentina); a criminalização do assédio sexual (Brasil) e de condutas relacionadas com espetáculos esportivos e terrorismo (Argentina).

⁶ Sobre a função simbólica do direito penal, vide Alessandro Baratta (1994: 5-24).

⁷ Para uma crítica à categoria penal “crime organizado”, vide Raúl Zaffaroni (1996: 45-68).

Em 1986, o Instituto Interamericano de Derechos Humanos desenvolveu um programa de investigação sobre os sistemas penais e os direitos humanos na América Latina, coordenado pelo professor Raul Zaffaroni. Em relação aos delitos de colarinho branco,⁸ envolvendo a criminalidade no interior dos sistemas financeiro e tributário, o relatório final registrava, na época, a existência de vazios de punibilidade, assim como a leveza das consequências penais associadas pelo legislador às condutas delitivas deste tipo (Zaffaroni, 1986: 283).

As recomendações elaboradas no relatório do referido programa foram no sentido de ampliar a tipificação dos delitos contra a economia popular, a regulação jurídico-penal das atividades de empresas multinacionais, a compatibilização da resposta punitiva reservada aos delitos de corrupção administrativa com as figuras de delinquência convencional, com a homogeneização das escalas penais e a eliminação das atenuantes diferenciais para os delitos cometidos por funcionários públicos (Zaffaroni, 1986: 289).

Na Argentina, desde a promulgação do Código Penal de 1921, e em que pese a existência de opiniões sustentadas por alguns setores progressistas do penalismo argentino, não se desenvolveu nenhum tipo de movimento no sentido da descriminalização de determinadas áreas de criminalidade, subsistindo um critério geral para o qual o sistema penal constitui um meio idôneo para resolver problemas sociais. Ao contrário, a maioria dos projetos de reforma parcial foram no sentido de estender a competência do sistema penal para áreas de conflitualidade social antes não alcançadas (Virgolini, 1992: 89).

Para Virgolini,

El derecho penal siempre ha sido instrumento privilegiado de control social o de represión de las capas más débiles de la población, aquellas que, según el propio Sgubbi recuerda, no están regidos por la lógica del contrato (no son los propietarios), sino por las del castigo. Hoy, y de hecho, ha variado el sector de la vida social al que se dirigen la actuación y las transformaciones del derecho penal que Sgubbi sintetiza con la frase: el delito como riesgo social; en efecto, son las clases productivas, las que desarrollan actividades económicas, las que se encuentran expuestas al riesgo penal por estar sometidas al cumplimiento de una serie ahora interminable de deberes administrativos sancionados bajo amenaza penal. (1998: 19)

⁸ Conforme Virgolini (1998), “el primer desarrollo que reveló lo que en ese momento parecía ser solo insuficiencia o inconsecuencia del sistema fue dado por Edwin Sutherland, que hacia los años 40 destruyó la unánimemente aceptada ecuación entre crimen, pobreza y enfermedad, con la constatación de que en el mundo de los negocios se despliegan conductas ilícitas equivalentes – por su nivel de daño, su carácter prohibido y por hallarse sometidas a alguna clase de sanciones – a los crímenes comunes. El nacimiento de la teoría del delito de cuello blanco significó así el descubrimiento de que al campo empírico abarcado por ele sistema penal le faltaba algo, y que esta falta no se debía a diferencia de naturaleza alguna de los delitos comunes con referencia a los económicos.(...) En efecto, la característica distintiva más importante de los delitos de cuello blanco, o delitos económicos, o algunas de sus discutidas denominaciones científicas, era y siguió siendo la relativa y general ineficacia de la persecución penal a su respecto” (26-27).

No âmbito da chamada delinquência econômica, em que pese a existência de dispositivos legais e de estruturas judiciais voltadas para a sua apuração e processamento, a característica mais marcante, no caso argentino, é a impunidade que cerca este tipo de comportamentos. A impunidade ocorre tanto no nível da criminalização primária (definição legislativa das condutas delitivas), como nas instâncias de criminalização secundária (aplicação concreta dos tipos penais contra os infratores).

A impunidade dos delitos de colarinho branco, no caso Argentino, está na proporção inversa ao volume deste tipo de delitos. Segundo Virgolini, somente no setor bancário, no período entre 1980 e 1989, o total obtido através de fraudes, evasões fiscais e ataque às finanças públicas chegou a três bilhões de dólares. Todos estes casos, embora tenham gerado inúmeros processos judiciais, até 1992 não haviam produzido uma única sentença condenatória, em um total de cerca de duzentas pessoas indiciadas (Virgolini, 1992: 97).

Até março de 1990, os delitos de evasão fiscal e demais fraudes contra o fisco estavam tipificados pela lei 11.683, de 1933, que além de penas de multa proporcionais ao dano previa a prisão de um mês a dois anos. Durante toda a sua vigência, de quase sessenta anos, não se registrou um único processo penal baseado nos tipos penais previstos por esta legislação, uma vez que o seu art. 77 prescrevia um procedimento prévio para fins da determinação exata dos tributos omitidos, com um trâmite longo e burocrático ante várias instâncias administrativas e judiciais, levando à absoluta inaplicação do regime penal previsto, paralelamente a uma situação em que a evasão fiscal se constituiu em um elemento central para a estrutura econômica.

A situação começa a se alterar com a promulgação da lei 23.771, em 1990, que tipificou os atos destinados a ocultar ou dissimular a situação econômica do contribuinte, a evasão de tributos e o aproveitamento indevido de benefícios fiscais, a evasão de aportes e contribuições previdenciárias, a simulação de gastos e a falência fraudulenta, entre outros. A nova legislação procurou especificar a responsabilidade dos representantes de pessoas jurídicas, e agravou as penas para os casos de intervenção de funcionários públicos nas práticas delitivas.

A referida lei foi derogada sete anos depois, com a promulgação lei 24.769, atualmente em vigor, que criou o novo regime penal tributário argentino, e teve por objetivo especificar e dar maior eficácia ao controle dos delitos contra a ordem tributária. A nova lei

previu três tipos de delitos: os delitos tributários, os delitos relativos aos recursos da previdência social e os delitos fiscais comuns.

Entre as condutas relacionadas com o sistema tributário, foram tipificadas as seguintes:

- a) evasão simples, através de declarações enganosas, ocultações maliciosas ou qualquer outro ardil ou engano, por ação ou omissão, com o fim de deixar de pagar tributos ao fisco nacional, com pena de prisão de dois a seis anos;
- b) aproveitamento indevido de subsídios de natureza tributária, com pena de três anos e seis meses até nove anos de prisão;
- c) obtenção fraudulenta de benefícios fiscais, com pena de um a seis anos de prisão;
- d) apropriação indevida de tributos, com pena de dois a seis anos de prisão.

Os delitos relativos à previdência social são os seguintes:

- a) evasão simples, com pena de dois a seis anos de prisão;
- b) apropriação indevida de recursos da previdência social, com pena de dois a seis anos de prisão.

Os delitos fiscais comuns previstos pela nova lei foram:

- a) insolvência fiscal fraudulenta, com prisão de dois a seis anos;
- b) simulação dolosa de pagamento de obrigações tributárias ou de recursos da previdência social, com pena de dois a seis anos de prisão;
- c) alteração dolosa de registros ou suportes documentais e informativos do fisco nacional, relativos a obrigações tributárias ou de recursos da previdência social, com o propósito de dissimular a real situação fiscal de um obrigado, com pena de prisão de dois a seis anos.

No caso brasileiro, os crimes contra a ordem tributária foram pela primeira vez tipificados de forma específica pela Lei 4.729, de julho de 1965. Em seu art. 1º, a referida lei definia como crime de sonegação fiscal o ato de prestar declaração falsa ou omitir informação, com intenção de eximir-se do pagamento de tributos e taxas, e inserir elementos

inextos ou omitir rendimentos em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com pena de seis meses a dois anos de prisão e multa.

A aplicabilidade do referido diploma legal ficou bastante comprometida, pela inclusão, no art. 2º, da previsão de extinção da punibilidade quando o agente responsável pela sonegação promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início a ação fiscal própria na esfera administrativa, e do consequente oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, que foi revogado somente em 1991.

Em 1990, foi editada a Lei 8.137, que ampliou a previsão a respeito dos delitos contra a ordem tributária. A nova lei tipificou a supressão ou redução de tributo ou contribuição social mediante a omissão ou falsidade de informação, fraude à fiscalização, falsificação de nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda ou qualquer outro documento relativo a operação tributável. Nestes casos, as penas foram ampliadas para de dois a cinco anos de prisão e multa. Também foi previsto o delito de deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento, com pena de detenção de seis meses a dois anos e multa.

A Lei 9.613/98 dispôs sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Foram tipificados os delitos de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de terrorismo, de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa. A pena cominada foi de reclusão de três a dez anos e multa.

Da mesma forma foram tipificadas as condutas de conversão dos bens, direitos e valores provenientes de atividades criminosas em ativos lícitos (lavagem), de utilização, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de atividades ilícitas, a participação de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei.

A mesma lei previu, no parágrafo 5º do art. 1º, que a redução da pena de um a dois terços e o seu cumprimento em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou

substituí-la por pena restritiva de direitos, caso o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

O art. 3º estabelece que os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. A lei também ampliou os efeitos da condenação para além dos previstos no Código Penal (art. 7º), com a previsão de perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.⁹

Outra área de neo-criminalização é a dos delitos de preconceito ou discriminação racial ou de outro tipo.¹⁰ No Brasil, a tipificação específica destas condutas ocorreu com a edição e promulgação da Lei 7.716/89, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, etnia, religião ou procedência nacional. Foram previstos os seguintes delitos, com o respectivo apenamento:

Art. 3º - Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos:

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 4º - Negar ou obstar emprego em empresa privada:

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 5º - Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 6º - Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau:

Pena - Reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos a pena é agravada em 1/3 (um terço).

Art. 7º - Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar:

⁹ Para uma análise dos aspectos jurídicos e criminológicos relacionados com a nova legislação penal em matéria de delitos econômicos e financeiros, vide Cervini, Oliveira e Gomes (1998).

¹⁰ Para uma abordagem crítica da utilização do direito penal para o combate à discriminação, vide Katia Elenise Oliveira da Silva (2001).

Pena - Reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Art. 8º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 9º - Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 10 - Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 11 - Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 12 - Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 13 - Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 14 - Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

(...)

Art. 20 - Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Caput com redação dada pela Lei nº 9.459 de 13.05.1997, (DOU de 14.05.1997, em vigor desde a publicação).

§ 1º - Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

§ Com redação dada pela Lei nº 9.459 de 13.05.1997, (DOU de 14.05.1997, em vigor desde a publicação).

§ 2º - Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena - Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Na Argentina, a criminalização específica de atos discriminatórios ocorreu com a edição da Lei 23.592/88. De acordo com o art. 1º do diploma legal em tela, quem abertamente impeça, obstrua, restrinja ou de algum modo dificulte o pleno exercício sobre bases

igualitárias dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição Nacional será obrigado, a pedido do prejudicado, a deixar sem efeito o ato discriminatório, cessar sua realização e reparar o dano moral e material ocasionado. A lei refere-se especificamente aos atos ou omissões discriminatórios determinados por motivos de raça, religião, nacionalidade, ideologia, opinião política, sexo, posição econômica, condição social ou características físicas (art. 1º).

O art. 2º prevê a elevação de um terço do apenamento mínimo e de metade do apenamento máximo de todo delito reprimido pelo Código Penal ou leis complementares quando seja cometido por perseguição ou ódio a uma raça, religião ou nacionalidade, ou com o objetivo de destruir no todo ou em parte a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

O art. 3º prevê que serão reprimidos com prisão de um mês a três anos os que participarem em organizações ou divulgarem propaganda baseada em idéias ou teorias de superioridade de raça ou grupo de determinada religião, origem étnica ou cor, que tenham por objeto a justificação ou promoção da discriminação racial ou religiosa de qualquer forma. Em igual pena incorrerá quem por qualquer meio incitar a perseguição ou o ódio contra uma pessoa ou grupo de pessoas em razão de sua raça, religião, nacionalidade ou idéias políticas.

No Brasil, é preciso ainda destacar a neo-criminalização das condutas atentatórias contra as relações de consumo e o meio ambiente, por meio das leis 8.078/90 e 9.605/98.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) trouxe, em seu Título II, o rol das infrações penais relacionadas com as relações de consumo (art. 61 a 80). Foram tipificados a omissão de dizeres ou sinais ostentivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos ou serviços (detenção de seis meses a dois anos e multa); deixar de retirar do mercado e deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado (detenção de seis meses a dois anos e multa); executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente (detenção de seis meses a dois anos e multa); fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços (detenção de três meses a um ano e multa); fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva (detenção de três meses a um ano e multa). Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança

(detenção de seis meses a dois anos e multa); deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade (detenção de um a seis meses ou multa); empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor (detenção de três meses a um ano e multa); utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer (detenção de três meses a um ano e multa); impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros (detenção de seis meses a um ano ou multa); deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata (detenção de um a seis meses ou multa); deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo (detenção de um a seis meses ou multa).

O art. 75 do CDC estabelece a responsabilidade penal de quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos no código, bem como do diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

O art. 76 estabelece o rol de circunstâncias agravantes dos crimes tipificados, quais sejam:

I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;

V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais .

Com relação às condutas lesivas ao meio ambiente, foram tipificadas pela Lei 9.605/98, que previu sanções penais e administrativas para as referidas condutas.

O art. 2º do referido diploma legal estabelece que quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes nele tipificados, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Uma das mais importantes e polêmicas inovações desta lei em matéria penal foi a criminalização da pessoa jurídica, novidade no direito brasileiro, de acordo com o previsto no art. 3º:

Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

A lei 9.605/98 previu também a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, sendo estas a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividades, a prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar, sendo que, a teor do art. 9º, a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível. O art. 10 prevê que as penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

Já o art. 12 estabelece que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, e o valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator. Quanto ao recolhimento domiciliar, o art. 13 estabelece que baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

O art. 14 arrola as circunstâncias atenuantes dos delitos ambientais, que são o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente, o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada, a comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental e a colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

O art. 15 estabelece as circunstâncias agravantes para os delitos ambientais, que são a reincidência nos crimes de natureza ambiental, ter o agente cometido a infração para obter vantagem pecuniária, coagindo outrem para a execução da infração, afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente, concorrendo para danos à propriedade alheia, atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso, atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos, em período de defesa à fauna, em domingos ou feriados, à noite, em épocas de seca ou inundações, no interior do espaço territorial especialmente protegido, com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais, mediante fraude ou abuso de confiança, mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental, no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais, atingindo espécies ameaçadas, ou facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

A pessoa jurídica pode ser punida com pena de multa, restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade (art. 21). As penas restritivas de direitos à pessoa jurídica podem ser a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22). Já a prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

O Capítulo V da lei 9.605/98 tipifica, em um extenso rol de mais de trinta artigos, os delitos ambientais, que, a teor do art. 26, são de ação pública incondicionada. Entre as condutas tipificadas, estão os crimes contra a fauna (ex.: art. 29 - Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena: detenção de seis meses a um ano, e multa); os crimes contra a flora (ex.: Art. 38 -

Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente); os crimes de poluição e outros crimes ambientais (ex.: Art. 54 - Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa); os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (ex.: Art. 62 - Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa); e os crimes contra a Administração Ambiental (ex.: Art. 66 - Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa).

Na Argentina, cabe destacar a neo-criminalização de delitos relacionados com a falta de cuidado com resíduos perigosos (Lei 24.051/92); os delitos relacionados com espetáculos esportivos (Lei 24.192/93); e os delitos relacionados com o sistema de aposentadorias e pensões (Lei 24.241/93).

A Lei 24.051/92, em seu art. 2º, considera perigoso todo resíduo que possa causar dano, direta ou indiretamente, a seres vivos, ou contaminar o solo, a água, a atmosfera e o meio ambiente em geral. Para efeitos dessa Lei, ficam excluídos os resíduos domiciliares, radiativos e derivados de operações normais de navios, que são regidos por leis especiais e convênios internacionais sobre a matéria.

A Lei prevê a criminalização do agente que, utilizando os resíduos acima definidos, envenene, adultere ou contamine o meio ambiente, sendo que, em caso de morte, a pena prevista é de um mínimo de 10 e um máximo de 25 anos de prisão, e de 6 meses a 3 anos na modalidade culposa (art. 55 e 56).

O art. 57 estabelece que, quando algum dos fatos previstos como delito forem produzidos por decisão de pessoa jurídica, a pena será aplicada aos seus diretores, gerentes, síndicos, membros do conselho de vigilância, administradores, mandatários ou representantes da empresa que tenham intervindo no fato punível. A opção na Argentina foi, até agora, a de

não criminalizar a pessoa jurídica, e sim os seus representantes legais responsáveis pela conduta delitiva.

A Lei 24.192/93 criminaliza fatos que tenham sido cometidos por motivo ou por ocasião de um espetáculo esportivo, seja no âmbito do local em que se realize ou em suas imediações, antes, durante ou depois do espetáculo. Quando nestas circunstância ocorrerem delitos previstos no Código Penal, as penas mínimas e máximas serão aumentadas de um terço (art. 2º).

O art. 3º tipifica a introdução, posse, ou guarda de arma de fogo ou artefatos explosivos em eventos esportivos, cominando pena de um a seis anos de prisão. O art. 4º prevê o mesmo apenamento para os dirigentes, membros de comissões diretivas, empregados ou demais dependentes de entidades esportivas que consentirem que se guarde no local da ocorrência do evento armas de fogo ou artefatos explosivos. O art. 5º estabelece pena de prisão de um a seis anos ao que instigue, promova ou facilite de qualquer modo a formação de grupos destinados a cometer algum dos delitos previstos na Lei 24.051/92

Também estão previstos os delitos de desobediência a funcionário encarregado da manutenção da ordem (art. 6º - pena de um mês a dois anos de prisão); de impedimento da realização de espetáculo esportivo (art. 7º - pena de um mês a três anos de prisão); de criação de situação de perigo comum ou perturbação do normal funcionamento dos meios de transporte utilizados para chegar e sair do evento esportivo (art. 9º - pena de seis meses a três anos de prisão).

No art. 10. foram previstas uma série de penas acessórias:

- a) La inhabilitación de seis meses a cinco años para concurrir al tipo de espectáculos deportivos que haya motivado la condena. El cumplimiento se asegurará presentándose el condenado en la sede policial de su domicilio, en ocasión de espectáculos deportivos como el que motivó la condena, fijando el tribunal día y horario de presentación. El juez podrá dispensar total o parcialmente, en resolución fundada, dicha presentación;
- b) La inhabilitación de uno a quince años para desempeñarse como deportista, jugador profesional, técnico, colaborador, dirigente, concesionario, miembro de comisiones o subcomisiones de entidades deportivas o contratado por cualquier título por estas últimas;
- c) La inhabilitación perpetua para concurrir al estadio o lugar en el que se produjo el hecho, según lo previsto en el artículo 1.

O art. 11 estabelece que, quando algum dos delitos tiver sido cometido por um diretor ou administrador de clube esportivo, dirigente, membro de comissões diretivas, no exercício de suas funções, a entidade esportiva a que pertença será responsável de forma solidária pelo

pagamento da pena pecuniária correspondente, que poderá ser de cem mil a um milhão de pesos, e poderá ser determinado o fechamento do estádio por um período máximo de sessenta dias.

A Lei 24.241/93 tipifica os delitos relacionados com o sistema integrado de aposentadorias e pensões. Entre os delitos previstos, está a conduta do empregador que, estando obrigado, não cumprir as obrigações estabelecidas pelo sistema de aposentadorias e pensões, sendo que o delito se configurará quando o obrigado não cumprir seus deveres dentro de um prazo de trinta dias da notificação da intimação respectiva em seu domicílio, com pena prevista de quinze dias a um ano de prisão (art. 132). Também será punido com pena de dois a seis anos de prisão o depositário de fundos e contribuições que estiver obrigado por lei a transferi-los aos administradores do sistema e não o fizer, nos prazos estabelecidos em lei.

Os arts. 136 e 137 prevêm punição ao obrigado por lei a informar ao público sobre resoluções gerais ou particulares dos organismos oficiais responsáveis pelo sistema de pensões e aposentadorias (seis meses a dois anos de prisão), assim como aquele que der informação falsa ou enganosa com o propósito de aparentar uma situação patrimonial, econômica ou financeira superior à real tanto da administradora quanto do fundo que administra (três a seis anos de prisão). O art. 138 também prevê a punição, com pena de prisão de 4 a 10 anos, para o responsável pela qualificação de entidades financeiras, bancárias ou de títulos, valores e depósitos a prazo fixo, que por inobservância dos deveres do cargo, função ou emprego, efetue uma qualificação incorreta, causando prejuízo a um fundo de aposentadorias e pensões.

O art. 144 estabelece que, quando o delito for cometido através de pessoa jurídica, pública ou privada, a pena de prisão será aplicada aos funcionários públicos, diretores, gerentes, síndicos, membros do conselho de vigilância, administradores, mandatários ou representantes que tenham intervindo no fato ou que, por imprudência, negligência ou inobservância dos deveres do cargo, tenham dado lugar a que o fato se produzisse.

2.2 O Processo Penal de Emergência

Para caracterizar este momento de mudanças no âmbito da legislação e das práticas punitivas, têm sido utilizada a denominação *direito penal de emergência*, ou *processo penal de emergência*.¹¹ Conforme Fauzi Choukr,

Emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Num certo sentido, a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de estado democrático de direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara. (2002: 6)

No Brasil, a emergência penal pode ser verificada com a edição da lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos,¹² que regulamentou o que havia sido previsto na Constituição de 88, que no art. 5º, inciso XLIII, criou a figura dos crimes hediondos, nos seguintes termos:

XLIII – A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;(...)

Em seu art. 1º, a Lei 8.072/90 definiu como hediondos os seguintes delitos, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

- I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2, I, II, III, IV e V);
- II - latrocínio (art. 157, § 3, "in fine");
- III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2);
- IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, "caput", e §§ 1, 2 e 3);
- V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único);
- VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único);
- VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1).
- VII-A - (Vetado);

¹¹A este respeito, vide Luigi Ferrajoli (2002: 649-682).

¹² Para uma análise crítica da Lei dos Crimes Hediondos, sob o ponto de vista jurídico, vide Alberto Zacharias Toron (1996) e Alberto da Silva Franco (1994).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677/98; incisos VII-A e VII-B acrescentados pela Lei nº 9.695/98).

O parágrafo único do art. 1º da mesma lei rotulou também como hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado, com redação dada pela Lei nº 8.930/94.

Em seus arts. 2º e 3º, a Lei 8.072/90 estabeleceu as regras aplicáveis aos delitos hediondos e os a eles equiparados, nos seguintes termos:

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Art. 3º - A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

O art. 5º acrescentou inciso ao art. 83 do Código Penal, determinando que, para que haja a concessão de livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, deverão ter sido cumpridos mais de dois terços da pena.

O art. 6º da Lei dos Crimes Hediondos aumentou a pena dos delitos rotulados como hediondos. Para exemplificar, o latrocínio, que tinha pena mínima de 15 anos de reclusão, passou ao mínimo de 20 anos; a extorsão mediante sequestro, cuja pena mínima era de seis anos de reclusão, passou a ter o mínimo no patamar de oito anos. O mesmo crime se praticado contra menor de dezoito anos, ou por quadrilha ou se durar mais de 24 horas, que tinha pena mínima de 8 anos, passou para 12 anos de reclusão. Se do sequestro resultar a morte, a pena mínima, que era de 20 anos, passou para 24 anos. O estupro, que tinha pena mínima de 3 anos de reclusão e 8 como máxima, passou ao mínimo de 6 anos e máximo de 10 anos. O atentado

violento ao pudor passou de um apenamento mínimo de 2 anos e máximo de 7 anos para 6 e dez anos, respectivamente.

O mesmo diploma legal introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a figura da delação premiada, prevendo que o participante e o associado que denunciarem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terão a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Outro exemplo de legislação emergencial é a lei 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais (meios de prova e procedimentos investigatórios) para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O art. 1º define organizações criminosas como sinônimo de quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. De acordo com o art. 2º, em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

O art. 3º prevê que, nas hipóteses do inciso III do art. 2º, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos de sigilo. O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão "ad hoc". O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de

cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

Conforme o § 4º do art. 3º, os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. E o § 5º estabelece que, em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

O capítulo III do referido diploma legal estabelece, em seu art. 4º, que os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas, sendo que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil (art. 5º).

Uma das principais inovações previstas pela Lei 9.034/95, em seu art. 6º, foi que, nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

O art. 7º impede a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, estabelecendo o art. 8º que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Dispõe ainda o art. 9º que o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei. O art. 10º estabelece que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, aplicando-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

Na Argentina, exemplos de legislação emergencial também podem ser encontrados, no âmbito do controle penal do tráfico de entorpecentes. A primeira legislação específica a tratar do tema do uso e tráfico de entorpecentes, retirando-o do âmbito do Código Penal, foi a lei 20.771, de 1974, substituída posteriormente pela lei 23.737, em 1989.

A lei 20.771 sancionou com penas entre três e doze anos de prisão as atividades vinculadas ao tráfico e comercialização de estupefacientes, entre as quais o cultivo de plantas ou sementes, a produção, extração, fabricação ou preparação de estupefacientes, o seu comércio, distribuição, armazenamento ou transporte, assim como a sua entrega, facilitação ou aplicação em terceiros. A lei também previa penas de prisão de cinco a quinze anos para os financiadores e organizadores de qualquer das atividades antes descritas, e com três a oito anos de prisão, assim como a difusão pública do seu uso.

A lei também previa a aplicação de medida de segurança curativa, consistente em tratamento para desintoxicação e reabilitação, por tempo indeterminado, para o condenado pelos delitos acima com dependência física ou psíquica de estupefacientes, embora não tenham sido criadas as instituições previstas para a aplicação da mencionada medida de segurança.

A respeito da posse de estupefacientes para consumo pessoal, o art. 6º da lei 20.771 previa a pena de prisão de um a seis anos, mesmo que fossem destinados ao consumo pessoal. Isso significa que o tipo penal não reprimia diretamente o consumo em si mesmo, mas sim indiretamente, punindo a posse da droga. Esta previsão legal entrou em choque com o dispositivo constitucional previsto no art. 19 da Constituição, que garantia a impunibilidade de ações privadas que não ofendessem a moral e a ordem pública, nem prejudicassem a terceiro.

Depois de uma longa polêmica jurisprudencial, em agosto de 1986 a Corte Suprema finalmente declarou a inconstitucionalidade da proibição penal da posse de estupefacientes para consumo pessoal (Virgolini, 1992: 124), abrindo caminho para o reconhecimento da autonomia de consciência individual e convertendo-se em uma medida concreta de redução do âmbito de intervenção penal. A Corte Suprema fundamentou sua decisão pelo fato de que não havia investigações ou comprovações empíricas capazes de demonstrar que entre o consumo de estupefacientes e a periculosidade social do consumidor existisse uma vinculação necessária que justificasse a penalização da posse de drogas. Por outro lado, a Corte fez também referência às recomendações de organismos internacionais que desaconselhavam a

punição do consumidor, que na maioria dos casos se mostrou prejudicial para o tratamento ou reinserção social de que mantinha uma relação ocasional com a droga (Cavallero, 1997: 61-72).

Em sentido contrário à decisão da Corte Suprema, o debate prosseguiu, com a proliferação de posições no sentido de uma maior severidade no tratamento do consumo e tráfico de drogas no interior do campo político e através dos meios de comunicação de massa.

O resultado foi a promulgação da lei 23.737, em 1989, que não altera substancialmente os tipos penais da lei anterior, mas traz um sensível aumento das penas cominadas. Embora tenha mantido a previsão de punição para a posse de estupefacientes para uso pessoal, a nova lei previu alternativas para a execução da pena de prisão, como a sua suspensão e substituição por medida de segurança curativa ou educativa.

O art. 11º do referido diploma legal previu o aumento de um terço do máximo e da metade do mínimo de privação de apenamento, nos seguintes casos:

- a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos;
- b) Si los hechos se cometieron subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño;
- c) Si en los hechos intervinieren tres o más personas organizadas para cometerlos;
- d) Si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos;
- e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales;
- f) Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.

Previu ainda a Lei 23.737 a possibilidade de utilização de agentes policiais infiltrados, em seu art. 31 bis, conforme segue:

Art. 31 bis. Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

- a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y
- b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués.

Previu ainda o art. 31 ter. que não é punível o agente infiltrado que, como consequência necessária do desenvolvimento da atuação encomendada, tenha sido compelido a incorrer em delito, desde que a conduta não implique em pôr em perigo a vida ou a integridade física de uma pessoa ou a imposição de grave sofrimento físico ou moral a terceiro. Sendo acusado em um processo, o agente infiltrado fará saber ao juiz de instrução, de maneira confidencial, sua condição, e este deverá encerrar o processo sem revelar a verdadeira identidade do imputado.

O art. 31 quáter estabelece que “ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.”

Conforme o art. 31 quinqués, estando com sua segurança ameaçada a pessoa que tenha atuado como agente infiltrado por haver sido descoberta sua verdadeira identidade, terá direito a optar entre permanecer na ativa ou aposentar-se, seja qual for o tempo que tenha trabalhado no serviço público, com proventos iguais aos que corresponderiam a quem tenha dois graus acima na carreira.

De acordo com o art. 31 sextes, o funcionário ou empregado público que revele indevidamente a real identidade de um agente infiltrado, assim como a nova identidade ou o domicílio de uma testemunha protegida, será reprimido com prisão de dois a seis anos, multa de 10.000 a 100.000 pesos e inabilitação absoluta perpétua para a função pública. Já o funcionário ou empregado público que por imprudência, negligência ou inobservância dos deveres de seu cargo, permitir ou der ocasião a que outro conheça estas informações, será sancionado com prisão de um a quatro anos, multa de 1.000 a 30.000 pesos e inabilitação especial de 3 a 10 anos para o cargo.

A Lei 25.241/00 foi elaborada especificamente para o combate a fatos delitivos relacionados com o terrorismo. Para os efeitos desta lei, são considerados atos de terrorismo as ações delitivas cometidas por integrantes de associações ilícitas ou organizações constituídas com o fim de causar alarme ou temor, e que se realizem empregando substâncias explosivas, inflamáveis, armas ou quaisquer elementos de elevado poder ofensivo, colocando em perigo a vida ou a integridade de um número indeterminado de pessoas (art. 1º).

O art. 2º deste diploma legal prevê a possibilidade de redução excepcional da pena, aplicando-se a da tentativa ou limitando-a à metade, ao imputado que, antes de ditada a sentença definitiva, colabore eficazmente com a investigação. Para obter o benefício, deverá ser fornecida informação essencial para evitar a consumação ou continuação do delito ou a perpetração de outro, ou que ajude a esclarecer o fato objeto da investigação ou outros conexos, ou que forneça dados de manifesta utilidade para comprovar a participação de outras pessoas no delito, desde que o delito em que esteja envolvido o beneficiário seja mais leve que aquele a respeito do qual forneça sua colaboração (art. 2º).

No mesmo sentido, o art. 3º prevê a aplicação do mínimo legal de pena quando a informação fornecida permita comprovar a existência de associação ilícita, desbaratar suas atividades ou comprovar a intervenção de algum de seus membros no fato delitivo, determinando assim o submetimento a processo de quem não tenha sido imputado até então.

O art. 6º prevê pena de prisão de um a três anos para qualquer das pessoas que se valendo das possibilidades abertas por esta lei formulem afirmações falsas ou proporcionem dados inexatos sobre terceiros.

O art. 7º trata da proteção ao imputado que tenha optado por colaborar, passando a correr riscos a sua integridade pessoal e de sua família, através da provisão de recursos indispensáveis para a mudança de suas atividades laborais e substituição de identidade, em mecanismo que será abordado também no próximo item em relação a outros diplomas legais.

2.3 Proteção a Vítimas e Testemunhas

No Brasil, a Lei 9.807/99 estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispôs sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

As medidas de proteção requeridas por vítimas ou testemunhas de crimes que estejam sofrendo coação ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, podendo celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não governamentais (art. 1º).

O art. 2º estabelece que a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova. Estabelece ainda, em seu parágrafo 1º, que a proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

O mesmo art. 2º, no parágrafo 2º, exclui da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades.

O art. 5º da lei em questão estabelece que a solicitação objetivando ingresso no programa poderá ser encaminhada ao órgão executor pelos seguintes indivíduos ou órgãos:

- I - pelo interessado;
- II - por representante do Ministério Público;
- III - pela autoridade policial que conduz a investigação criminal;
- IV - pelo juiz competente para a instrução do processo criminal;
- V - por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

O art. 7º especifica as medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
 - II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
 - III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
 - IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
 - V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
 - VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
 - VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
 - VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
 - IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.
- Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Sendo que a proteção oferecida terá duração máxima de dois anos, salvo prorrogação por motivos excepcionais (art. 11), o art. 10º prevê as hipóteses de exclusão da pessoa protegida do programa de proteção a vítimas e a testemunhas:

- I - por solicitação do próprio interessado;
- II - por decisão do conselho deliberativo, em consequência de:
 - a) cessação dos motivos que ensejaram a proteção;
 - b) conduta incompatível do protegido.

O Capítulo II regulamenta a proteção aos réus colaboradores, estabelecendo o art. 13 que poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Estabelece ainda o art. 14º que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Serão ainda aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva (art. 15º).

Na Argentina, a proteção de vítimas e testemunhas foi estabelecida no novo Código de Processo Penal, de 1992, em seus arts. 79, 80 e 81.

O referido artigo previu que, desde o início do processo até sua finalização, o Estado nacional garantirá às vítimas de um delito e às testemunhas convocadas por órgão judicial o pleno respeito dos seguintes direitos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia;
- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;
- e) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

O art. 80 arrola ainda as facultades processuais da vítima de um delito:

- a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante;
- b) A ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado;
- c) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido.

2.4. Informalização ou simplificação do Processo Penal

Em que pese a existência de modelos diferenciados, os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos estados contemporâneos são os seguintes: uma estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes promoverem sua própria defesa, com uma diminuição da ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, ad hoc; mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assuntos e evidências, rompendo com a máxima de que "o que não está no processo não está no mundo"; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; um ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para obter acatamento (Azevedo, 2000: 107-108).

No Brasil, a incorporação dessas inovações no sistema judicial teve impulso a partir do final dos anos 80, em especial após a promulgação da Constituição de 88. Uma série de novos mecanismos para a solução de litígios foram previstos, com vistas à agilização dos trâmites processuais, entre os quais tem um significado relevante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, voltados para as chamadas pequenas causas e para os delitos de menor potencial ofensivo, regulamentados pela Lei Federal nº 9.099, de setembro de 1995.

A implantação dos Juizados Especiais Criminais (JEC) integra uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas (Dias e Andrade, 1992: 403). Para os Juizados Especiais Criminais vão confluir determinados tipos de delitos (com pena máxima em abstrato até um ano), e de acusados (não reincidentes). Com a sua implantação, se esperava que as antigas varas criminais pudessem atuar com maior prioridade sobre os chamados crimes de maior potencial ofensivo.

A Lei 9.099/95 deu aos Juizados Especiais Criminais a competência para a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que compreendem as

contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03.10.1941) e os crimes a que a lei penal comine pena máxima não superior a um ano de detenção ou reclusão, excetuados os delitos para os quais está previsto procedimento especial.¹³

Até a edição da Lei 9.099/95, as contravenções penais e os delitos punidos com pena de detenção eram processados pelo rito processual previsto no Capítulo V, Título II, do Livro II (art. 531 a 540) do Código de Processo Penal, denominado Processo Sumário. Pouca diferença havia entre este tipo de procedimento e o Processo Ordinário, aplicado aos delitos apenados com reclusão. A lei previa apenas a redução de alguns prazos e o abreviamento de determinados momentos processuais, mas a estrutura do processo era basicamente a mesma: inquérito policial, denúncia do Ministério Público, interrogatório do réu, defesa prévia, audiência de instrução, debates orais, julgamento. Não havia a possibilidade de reparação civil dos danos sofridos pela vítima no próprio processo penal, ficando relegada ao papel de mera informante da justiça penal. Nem tinha o réu qualquer interesse em reconhecer o fato que lhe era imputado, com a negociação em torno da pena.

De acordo com o que estabeleceu o legislador no art. 62 da Lei 9.099/95, o processo perante os Juizados Especiais Criminais deve ser orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Dispensando a realização do inquérito policial, a Lei 9.099/95 determina que a autoridade policial, ao tomar conhecimento do fato delituoso, deve imediatamente lavrar um termo circunstanciado do ocorrido e encaminhá-lo ao Juizado, se possível com o autor do fato e a vítima, providenciando a requisição dos exames periciais necessários para a comprovação da materialidade do fato (art. 69º). Não sendo possível o comparecimento imediato de qualquer dos envolvidos ao Juizado, a Secretaria do Juizado deverá providenciar a intimação da vítima e do autor do fato, por correspondência com aviso de recebimento, para que compareçam à audiência preliminar (art. 71º).

Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados de advogado, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos, assim como sobre as conseqüências da aceitação da proposta de

¹³ Sobre a ampliação da abrangência do conceito de delito de menor potencial ofensivo introduzida pela Lei nº 10.259/2001, e a sua repercussão em relação ao art. 61 da Lei 9.99/95, vide o artigo de Mariana Lauand e Roberto Podval (2001).

aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao autor do fato (art. 72º). Nos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação, o acordo para composição dos danos extingue a punibilidade. Não obtido o acordo, o juiz dá imediatamente à vítima a oportunidade de exercer o direito de oferecer queixa-crime ou representação verbal (art. 75º).

Havendo queixa-crime ou representação ou sendo o crime de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público poderá propor ao autor do fato a transação penal, com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a não ser no caso do acusado ser reincidente, ou no caso de “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida” (art. 76). Não aceita a proposta, o representante do Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, e o processo seguirá o rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95.

Oferecida a denúncia, poderá ainda o representante do Ministério Público propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que o agora denunciado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o denunciado for processado por outro crime ou descumprir qualquer outra condição imposta. Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Caso não seja possível a suspensão do processo, o juiz deverá intimar as partes para a audiência de instrução e julgamento, que se inicia com a resposta oral da defesa à acusação formulada na denúncia ou queixa-crime. Aceita a argumentação da defesa, o juiz não recebe a denúncia ou queixa e encerra o processo. Recebida a denúncia ou queixa, são ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e de defesa, o acusado é interrogado e realizam-se os debates orais entre defesa e acusação. Em seguida o juiz profere a sentença final condenatória ou absolutória.

Os recursos previstos pela Lei 9.099/95 são a apelação (em caso de sentença condenatória ou absolutória ou da decisão de rejeição da denúncia ou queixa) e os embargos de declaração (em caso de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida na sentença), e são encaminhados a uma Turma Recursal composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

O estudo empírico do funcionamento dos Juizados Especiais Criminais (Azevedo, 2001) revela que a abolição do inquérito policial para os delitos de menor potencial ofensivo

garantiu às vítimas o acesso ao judiciário, que antes lhes era negado. Por outro lado, a estrutura cartorária e hermética do sistema judicial ainda permanece intocada. A dinâmica de funcionamento da Justiça, com uma demanda enorme de processos e estrutura insuficiente, e a pressão exercida por parte das corregedorias de justiça para que os juízes tenham alta produtividade, aferida pelo número de processos concluídos, acaba levando à adoção de rotinas muitas vezes à margem das previsões legais, como a realização de audiências sem a presença do Ministério Público, sem defensores constituídos para autor do fato e vítima, e especialmente o privilegiamento da transação penal sobre a conciliação, já que esta última exigiria uma maior preocupação dos magistrados/conciliadores em restabelecer o diálogo entre as partes.

Falta ou omissão dos promotores no momento das audiências, ausência de defensores públicos para o atendimento da vítima e do autor do fato, salas de audiência estruturadas de forma tradicional, com o juiz em plano acima das partes, e utilizando-se da autoridade que detém sobre elas para acelerar o encerramento dos processos, critérios de produtividade baseados exclusivamente no número de casos encerrados, transação penal realizada pelo promotor, sem a presença do juiz, todos estes são indicadores de que o problema do acesso à justiça estatal não está resolvido, e depende mais da iniciativa administrativa dos setores que gerenciam o sistema do que de uma nova disposição legal.

Tratando-se na sua grande maioria de conflitos no ambiente doméstico ou de vizinhança, em que uma das partes apela para o exercício da violência física (lesões) ou psicológica (ameaça) a fim de manter uma relação de dominação crescentemente questionada, como é o caso da dominação patriarcal, em que o rompimento do diálogo leva a uma espiral degenerada de comunicação, não há dúvida que a resposta tradicional do sistema penal, com a apropriação do conflito pelo Estado e o recurso à punição, não resolve o problema e gera a estigmatização e os altos índices de reincidência dos egressos do sistema prisional, e consequentemente a sobrevivitização da família do autor do fato.

Na Argentina, a informalização ou simplificação dos procedimentos penais foi adotada através da Lei 24.825/99, que incorporou ao Título II do Livro III do Código Procesal Penal de la Nación o Capítulo IV, art. 431 bis, tratando do chamado *juízo abreviado*.

Tecnicamente, não se trata da criação de uma nova instância judicial, e sim de um procedimento abreviado de conclusão da causa, visando a aceleração do processo penal comum. Para Luis Niño, “en lugar de abreviar la etapa del procedimiento preparatorio, clara

supervivencia inquisitiva en cuerpos de leyes como el vigente en nuestra órbita federal, suprime el juicio, que es la etapa republicana por excelencia” (apud Alvero e Ranuschio, 2001: 1).

O fundamento da instauração do mecanismo procedimental do Juízo Abreviado é a impossibilidade do sistema judicial penal para dar conta da grande quantidade de casos em tramitação. Diante da impossibilidade de julgar todos os delitos que chegam até o Judiciário, e do fato de que a solução prática era a prescrição, se optou por substituir o princípio da verdade real pelo da verdade consensuada, já que a aplicação de uma pena passa a depender de um acordo entre o acusado e o *Ministerio Fiscal*.

Segundo o inciso 1º da referida Lei, se o Ministerio Fiscal estimar suficiente a imposição de uma pena privativa de liberdade inferior a seis anos ou uma pena não privativa de liberdade, poderá solicitar, ao formular o requerimento para a elevação a juízo, que se proceda de acordo com o chamado Juízo Abreviado. Neste caso, deverá colocar expressamente o pedido de pena acordado com o acusado.

O Juízo Abreviado não é aplicável para os delitos de ação privada, mas somente para os casos de pena de reclusão, inabilitação ou multa ou penas conjuntas.

A Lei estabelece dois momentos nos quais se pode realizar o pedido de Juízo Abreviado: no momento de elevação a juízo, que implica em uma negociação e acordo prévio entre o acusado e o representante do Ministério Fiscal; ou no momento dos atos preliminares no Tribunal Oral, até o momento da fixação da data da audiência de debate. Embora a Lei nada diga a respeito, no caso de que o acordo se efetue no Tribunal Oral quem irá realizar a negociação da pena será o *Fiscal General*, que é quem irá atuar perante o Tribunal Oral (Alvero e Ranuschio, 2001: 2).

O inciso 2º da Lei estabelece que para que a solicitação de Juízo Abreviado seja admissível, deverá estar acompanhada da manifestação de conformidade do imputado, assistido por defensor, sobre a existência do fato e sobre a participação nele, descritas no requerimento de elevação a juízo e da qualificação legal respectiva. A conformidade sobre a existência do fato e sua participação, conforme formulada pela acusação fiscal, e sobre a qualificação do delito, não implica em uma confissão, uma vez que se não se admite o Juízo Abreviado o procedimento seguirá conforme o procedimento comum, e a conformidade não implicará em um indício contrário ao imputado.

O inciso 3º da Lei estabelece que o Juiz de Instrução encaminhará a solicitação e a manifestação de conformidade ao *Tribunal de Juicio Oral*. O pedido poderá ser negado com base nos seguintes motivos: necessidade de um melhor conhecimento dos fatos; discrepância fundada com a qualificação legal; que o pedido tenha sido feito extemporaneamente; que a conformidade do imputado tenha sido condicionada ou afetada por algum vício de vontade ou não resulte congruente com o conteúdo da prova produzida na instrução; que seja vários os imputados e não haja concordância de todos eles.

Conforme o inciso 4º, se o Tribunal rechaça o acordo de juízo abreviado, se procederá segundo as regras do procedimento comum, remetendo-se a causa à instância devida. Neste caso, a conformidade prestada pelo imputado não será tomada como indício contra ele, nem o pedido de penal formulado vincula o representante do Ministério Fiscal que atua no debate.

O inciso 5º dispõe que a sentença que homologa o acordo de juízo abreviado deverá fundar-se nas provas recebidas durante a instrução, e não poderá ser imposta uma pena superior ou mais grave que a pedida pelo Ministério Fiscal. Os requisitos da sentença são idênticos, portanto, àqueles que seriam exigidos uma vez realizados os debates. Não pode basear-se somente no acordo. Caso o Tribunal decida aplicar uma pena menor, a única exigência é que seja respeitado o mínimo apenamento legal estabelecido no tipo penal respectivo.

Para Alvero e Ranuschio

El problema se plantea si el Tribunal, de acuerdo al principio de culpabilidad y al momento de la graduación de la pena, decide que debería imponer una pena superior (esto no está previsto como causa de rechazo del acuerdo como lo hizo la Provincia del Chaco). Al imponerle el Fiscal al Juez la pena máxima aplicável, estaría ejerciendo atribuciones judiciales. Al seleccionar la pena, imposibilita al juez ejercer integralmente su función jurisdiccional que entre otras cosas supone la facultad de graduar las sanciones que impone. En este caso, se comiezan a confundir los roles de los órganos estatales que en el mundo del derecho moderno están muy bien delimitados y demarcados. (2001: 5)

O inciso 6º estabelece que contra a sentença é admissível o recurso de cassação, que poderá ser interposto pelo Fiscal ou pelo querelante contra a sentença que aplica uma pena inferior à acordada ou absolve o imputado. O imputado não terá direito a recorrer do acordo por ele firmado, por ausência de interesse jurídico, salvo no caso de invocação de alguma causa de nulidade.

Segundo o inciso 7º, a ação civil *ex delicto* não será resolvida pelo juízo abreviado, salvo se existir acordo entre as partes neste sentido. O querelante não tem direito a ser escutado antes da decisão, tampouco se prevê a possibilidade de audiência com a participação do imputado e do querelante para a obtenção de um acordo. Não obstante, tem o querelante a possibilidade de recorrer da sentença, mediante recurso de cassação, na medida em que a sentença possa influir sobre o resultado de uma ação civil posterior.

Para seus críticos, o sistema de juízo abreviado é inconstitucional, uma vez que, sob a aparência de um sistema acusatório, tem-se na verdade uma fórmula com alto conteúdo inquisitivo, utilizando-se de uma verdadeira coação sobre o acusado, a quem se coloca frente ao dilema de aceitar o trâmite acelerado ou confrontar-se com o risco de uma condenação maior, se optar pelo juízo comum. Para Schunemann “no se garantiza el consenso, sino sólo un compromiso al cual la parte más débil debe adherirse, por necesidad, al punto de vista de la parte más fuerte, además en tales casos no es posible individualizar la pena”. (apud Alvero e Ranuschio, 2001: 9)

Além disso, o juízo abreviado reuniria a faculdade acusatória e em certa medida a decisória sobre a existência do fato punível e a decisória sobre o tipo e tamanho da pena, faculdade que quando o caso vai ao juízo comum estaria repartida entre o Ministério Fiscal e o Juiz.

Para Alvero e Ranuschio (2001: 10),

Todo el sistema de garantías queda así desquiciado, el nexos causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de la pena no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado de someterse a juicio común y de la discrecionalidad de la acusación, los principios de igualdad, certeza y legalidad, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público y que discipline la partida que há emprendido con el acusado. No hay juicio previo, si no existe oralidad, publicidad, continuidad y contradicción.

Para seus defensores, o sistema argentino se diferencia do modelo americano de *Plea Bargaining*, uma vez que não se admite a chamada transação, e sim o respeito ao princípio da legalidade e da verdade real. O acordo é unicamente sobre a individualização da pena (Nores apud Alvero e Ranuschio, 2001: 11).

Também sustentam que o controle jurisdicional do Tribunal é amplo, já que recebe o imputado em audiência, tem a possibilidade de estudar amplamente o caso, e no caso de não haver segurança quanto à veracidade do relato do Ministério Fiscal no requerimento de

elevação a júízo, e na admissão efetuada pelo imputado, pode decidir pela não aceitação e encaminhar a realização do debate oral e público (Bertolino apud Alvero e Ranuschio, 2001: 11). Ainda sustentam que o júízo abreviado cria espaços de consenso entre as partes (imputado e Ministério Fiscal), buscando o acordo sobre o benefício e a oportunidade de simplificar uma parte do processo, com o objetivo de chegar rapidamente a uma sentença e evitar os efeitos estigmatizantes do júízo oral e público (Marchisio apud Alvero e Ranuschio, 2001: 14).

Conclusões

Para a análise do sistema penal, é preciso levar em conta os diferentes níveis de realização do mesmo, quais sejam: o nível da criação e o nível da execução das normas penais. Em sociedades que possuem uma organização jurídico-constitucional e um Estado de Direito, o controle penal é baseado na institucionalização normativa. O direito penal é constituído pelo conjunto de normas a partir das quais a conduta das pessoas pode ser tipificada e valorada em relação a certas pautas de dever. Nesse sentido, não há dúvida de que as normas penais materiais e processuais configuram o sistema de controle jurídico-penal, embora sujeitas a descontinuidades, interrupções ou interferências quanto à sua aplicação.

A enorme complexidade alcançada pela questão criminal na sociedade contemporânea acabou por abalar o paradigma etiológico da criminologia positivista, tornando extremamente difícil referenciar o direito penal em objetivos de política criminal. Não é de se surpreender, portanto, que se constate uma opção cada vez maior por deixar de lado a tentativa de resposta efetiva ao problema criminal, e se prefira o retorno a construções dedutivas de tipo mais ou menos kantiano ou hegeliano, seja através da radicalização do pensamento sistêmico em sociologia, ou da opção pela ética idealista, como no movimento Garantista. Segundo Zaffaroni,

Esta regresión no es extraña, pues cabe observar que el pensamiento único o fundamentalismo de mercado y el retribucionismo idealista tienen el mismo origen (en ele pensamiento del siglo XVIII) y comparten la misma imagen antropológica distorsionada: el pensamiento único convierte en dogma lo que es un ideal, o sea, da como realidad un deber ser orientador, que es el equilibrio de los mercados. Esto supone que las conductas humanas se rigen siempre por la razón, lo que presupone que el ser humano siempre actúa racionalmente. El retribucionismo idealista hace lo mismo: presupone que el ser humano, antes de delinquir, hace un cálculo racional de costos y beneficios. Esto lleva a la conclusión de que aumentando los costos (la

pena) disminuyen los delitos. El dogma de la racionalidad de la acción humana como base común del pensamiento único (o fundamentalismo de mercado) y el retribucionismo penal, se pone claramente de manifiesto en obras y teorías como la de Ludwig von Mises, que hace ya muchos años basaba su construcción en un concepto de acción idéntico al del finalismo welzeliano. (Zaffaroni, 2000: 20-21)

Do ponto de vista político, a principal consequência da globalização é a impotência dos estados nacionais frente ao poderio econômico globalizado. Houve uma mercantilização de todas as atividades e o esvaziamento do conteúdo humano do trabalho. Surge então a identificação de novos inimigos desta sociedade: os drogados, os imigrantes, os pobres, os incapacitados, todos aqueles que não se adequam ao novo sistema de produção.

Estas circunstâncias trazem como consequência, no âmbito do controle penal, uma explosão de reformas, as quais visam a adaptação do sistema às novas necessidades de controle social. Para tanto, passa-se a questionar os princípios jurídicos do direito penal clássico, pois estes deixaram de ser adequados a partir da segunda revolução industrial, uma vez que não garantem um adequado controle social. Princípios estes, é bom frisar, que nunca chegaram a ter plena vigência nos países periféricos ao sistema capitalista global.

A hipertrofia do direito penal não é um fenômeno novo, nem mesmo isolado, mas acompanha a evolução da intervenção estatal na regulação social. Isso já se fez sentir na própria Escola Positiva, quando passou-se a utilizar as medidas de segurança de duração ilimitada para evitar a periculosidade, aumentando sua interferência com o Estado Social.

Todavia, isso se fez sentir ainda mais diante do processo de globalização. A idéia de submeter todas as relações sociais à jurisdição do Estado fez com que, à medida que a sociedade evoluísse, maiores tutelas fossem necessárias. A edição de novas leis tem levado a uma situação insustentável para a administração da justiça penal, pois o excessivo aumento de ilícitos penais leva à dificuldade em prestar a devida atenção à função jurisdicional, acarretando sensações de morosidade, descrédito, impunidade e ineficácia da ameaça penal (Bianchini e Gomes, 2002: 46).

A *distorcionante instrumentalização* (Bianchini e Gomes, 2002) do direito penal está vinculada a vários fatores, podendo destacar-se, dentre eles, as influências políticas e da mídia. Dadas as condições da realidade social, o Estado contemporâneo, que reduz a intervenção em matéria social, endurece a legislação penal, transformando o direito penal de forma de intervenção subsidiária em principal forma de combate aos problemas sociais.

O penalista espanhol Jesus-Maria Silva Sánchez (2002), valendo-se da conceituação de Ulrich Beck da “sociedade do risco”,¹⁴ destaca o fato de que boa parte das ameaças a que os indivíduos estão hoje expostos provém de decisões relacionadas com o manejo de avanços tecnológicos, isto é, riscos mais ou menos diretos que afetam consumidores, usuários de serviços públicos, etc., que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Além dos riscos inerentes à utilização dos novos recursos tecnológicos em uma sociedade de massas (delinquência não intencional ou culposa), no âmbito da delinquência dolosa a adoção de novas técnicas permite a produção de resultados especialmente lesivos.

Ulrich Beck identifica uma série de transformações decorrentes do processo de globalização que transformaram o espaço mundial, que denomina globalidade. O papel da sociologia seria identificar o que caracterizaria a imagem da sociedade mundial. Nesse ponto, Beck conceitua esse novo momento de globalidade, com a idéia de uma sociedade mundial de risco. Os riscos globais sustentariam a sociedade global em um momento em que os danos ecológicos são causados sem que a responsabilidade por estes danos seja atribuída no momento, mas futuramente (Beck, 1998, 1999a, 1999b).

Ora, esses riscos, que atingem a sociedade na sua totalidade, justificam a alteração na consciência ecológica da comunidade, que está cada vez mais próxima, tanto pela informação, como pela economia, mas, sobretudo, pelos riscos que essa sociedade globalizada pode acarretar. Nesse sentido, Beck (1999b) chega a propor a necessária redefinição das regras quanto ao que é prova, adequação, verdade, justiça perante esses novos riscos, no que tange à regulação jurídica, sobretudo face a essa nova categoria de pensar globalmente os problemas mundiais.

¹⁴ Sobre o conceito de sociedade de risco e o direito penal, vide o artigo de José Carlos de Oliveira Robaldo, “A Sociedade de Risco e a Dogmática Penal” (2002). E também o artigo de Félix Herzog, “Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo” (2000). O mais amplo estudo sobre o tema no âmbito penal é do italiano Filippo Sgubbi, *El Delito como Riesgo Social – Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (1998). Para Sgubbi, “hoy, el delito se ha transformado en un riesgo social. Un riesgo: porque la configuración de la responsabilidad penal ya no puede ser prevista más de manera absoluta y a priori, sino que se presenta como un dato incierto, cuando no de mera suerte; y porque ella depende, cada vez con mayor frecuencia, de factores diversos de la comisión culpable de una conducta lesiva. Aunque conservando las tradicionales semblanzas formales de una libre elección subjetiva, el delito se encamina progresivamente a fundarse sobre factores que son (en gran parte) independientes del individuo, esto es, sobre factores que el individuo – hasta el mejor – no está en condiciones de dominar o de controlar. En otras palabras, la máscara del delito tiene una impronta moral: el delito aparece como la libre y (por lo tanto) reprochable elección individual de un comportamiento cargado de disvalor ético y/o social. Pero el verdadero rostro del delito es, hoy, amoral: moral o socialmente neutro, prescinde de categorías de valor y su ejecución está dominada por la casualidad. (...) En lugar de eliminar las áreas de desigualdad, el legislador ha creado otras, de signo social opuesto: otras áreas donde son los sujetos pertenecientes a los estratos privilegiados los que están expuestos al mayor riesgo penal. Y así el delito, de destino social para algunos, se há transformado en un riesgo social para todos.” (49-51)

A consequência desta situação no âmbito penal é a tendência, por via da lei penal, de proteção não apenas dos clássicos bens jurídicos de algum modo perceptíveis pelos sentidos (vida, saúde, liberdade, etc.), mas de bens jurídicos universais, descritos de maneira vaga, capazes de justificar qualquer tipo de cominação penal, entre os quais podemos citar o “bem estar” geral, a saúde pública, a capacidade de funcionamento do mercado de capitais, a política estatal de subsídios, a utilização da informática na economia e na administração pública, etc. Para a instrumentalização da proteção a estes bens jurídicos, se utiliza a técnica dos chamados delitos de perigo abstrato, nos quais é suficiente demonstrar a prática de uma ação descrita pelo legislador como perigosa, e não a ocorrência de danos efetivos (Hassemer, 1990: 199).

Outro elemento a levar em conta é a chamada “sensação social de insegurança”, dimensão subjetiva da nova configuração societal. Para Silva Sánchez, “com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança” (2002: 33). Um tal sentimento coletivo decorre, entre outros fatores, da dificuldade de adaptação a sociedades em processo de contínua e acelerada mudança, com a cada vez maior perda de domínio do curso dos acontecimentos; a dificuldade de lidar com uma verdadeira avalanche de informações, muitas vezes contraditórias e não integráveis em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. O resultado é uma crescente desorientação pessoal. Nesse contexto, é razoável sustentar que a vivência subjetiva dos riscos é superior à própria existência objetiva dos mesmos, embora não se possa negar que ambas as variáveis têm um vetor positivo nas sociedades urbano-industriais contemporâneas.

Caberia ainda neste item uma referência ao problema da relação entre sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação.¹⁵ Como afirma Hassemer,

Nunca como hoy ha habido oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella. Una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea. Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y diversamente discutidas. Una de las que aquí más nos interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucho mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros cada vez más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce,

¹⁵ Sobre a relação da mídia com a violência e a criminalidade, vide o artigo de Francesc Baratta, “La violencia y los mass media - Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación” (2000).

entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. (Hassemer, 1990: 193-194)

Ainda outro fator a ser considerado quando são analisadas as reformas penais é o surgimento do “gerencialismo”, isto é, a visão do Direito Penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base do Direito Penal clássico (verdade, justiça), que passam a ser vistos muito mais como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Surgem assim modelos de justiça negociada, compreendendo desde os pactos de imunidade das promotorias com certos acusados, até as diversas formas de mediação. Para Silva Sánchez,

o que se pretende é contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma “justiça do cádi”, que dê a cada situação a solução que seja “necessária”, sem vinculações externas. (Silva Sánchez, 2002: 70)

O elemento comum às propostas desformalizantes é a desconfiança frente ao *público* e ao *formalizado* e sua conseqüente deslegitimação, e a conseqüência direta é a expansão do Direito Penal, por via de mecanismos que pretendem fazer frente ao colapso dos tribunais penais em sociedades sobrejuridificadas e sobrejudicializadas,¹⁶ e reduzindo-o a uma pura manifestação administrativo-executiva.

A coexistência de medidas “brandas” de controle penal, como as penas alternativas, e a diversificação das instâncias de justiça penal, com a pena de prisão, resulta na prática em

¹⁶ Cf. Bernardo Sorj (2000): “a juridificação da sociedade, como todo conceito que entra na moda, transforma-se em uma noção que cobre um vasto território de questões e pontos de vista, por vezes complementares, por vezes contraditórios. De acordo com Habermas, essa noção (Rechtstaatbestande, em alemão) surgiu na república de Weimar em referência à expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social. O conceito de juridificação, tal como definido por Habermas, refere-se a um processo de ‘ondas sucessivas e cumulativas de juridificação’ pelo qual as relações sociais seriam colonizadas pela crescente atividade reguladora do Estado. A noção de judicialização da política e do conflito social foi desenvolvida dentro de um campo de discussão mais limitado à situação contemporânea e da política, referindo-se à crescente expansão do Poder Judiciário e/ou dos métodos judiciais, especialmente o poder de revisão judiciária das ações do Legislativo e do Executivo. A análise da juridificação e da judicialização da sociedade pode ser feita em vários níveis:

- O nível dos processos mais gerais de invenção de direitos, associados a grandes momentos históricos, cujo impacto se estende em processos de longa duração e afetaram todas as sociedades que se integram à modernidade.
- Os processos sociais específicos dentro dos quais surgiram e/ou foram absorvidas as diversas ondas de direitos.
- O impacto desses processos na relações entre os poderes.
- As transformações específicas do Poder Judiciário, sua organização e composição social e ideológica. (102-103)

uma ampliação do número de indivíduos submetidos ao controle do Estado, assim como em um incremento do número de presos. De acordo com Pavarini,

Si aquellos, de algún modo, socialmente disciplinados son cada vez más numerosos y si cada vez más numerosas son las conductas consideradas merecedoras de serlo – en suma: si la boca del embudo del control social tiende a ampliarse -, entonces aumentará también el porcentaje de aquellos con relación a los cuales este sistema de control social resultará inadecuado. Porcentualmente más personas terminarán así por pasar al cuello del embudo, es decir, por ser juzgadas merecedoras de un control de elevada seguridad. Así, pues, la difusión de las prácticas de control llamadas “blandas” importa – aunque no necesariamente – un aumento porcentual también del empleo de prácticas llamadas “duras”. La supervivencia de la respuesta segregativa se motiva (también) en esta óptica: los índices de internación en institución pueden (aunque no deben) aumentar en razón a la expansión de las políticas de control social de tipo no custodial. (1985: 653).

A partir desta dinâmica é possível compreender a complexidade do processo de transformação do controle penal nas sociedades contemporâneas, em que convivem mudanças no sentido de um abrandamento dos mecanismos de controle, especialmente através de mecanismos terapêuticos ou compensatórios, com a tendência de optar pela alternativa repressiva ou carcerária para a tutela de um número cada vez maior de interesses e para a solução de conflitos sociais. Ainda segundo Pavarini,

La distancia entre estas diversas áreas de “ocupación” jurídico-penal es sólo aparente si de ellas captamos aquel común denominador que está dado por la necesidad de legitimación del sistema político. Es de toda evidencia, en efecto, que la opción de la disciplina penal es por lo menos inadecuada respecto de la finalidad “manifiesta”: imponer el respeto de las reglas de juego democrático tanto a lo “social” como a lo “económico”. Pero la inidoneidad respecto de los fines está compensada por la especialidad de la forma con que esta voluntad política se cubre: la forma jurídico-penal exalta, en efecto, el momento voluntarístico, la urgencia del mandato, la instancia del consenso, en contra de una conflictualidad anárquica, y una dispersión de la fase decisional. (1985: 657-658)

O resultado de todo este conjunto de mudanças no âmbito do controle penal ainda não está de todo claro, e é muitas vezes paradoxal e ambíguo. De um lado, não se pode negar uma ampliação das possibilidades de controle por parte do Estado. Por outro, a complexidade do contexto social em que operam os mecanismos de controle, e as dificuldades de gerenciamento do próprio aparato punitivo, são de tal ordem que cada vez mais se torna fictícia a idéia de um monopólio dos meios de violência legítima por parte do mesmo, assim como se reforçam as características de seletividade do sistema e a impunidade para a maioria dos delitos.

Bibliografia

Adorno, Sérgio (1994), “Violência, controle social e cidadania: dilemas da administração da justiça criminal no Brasil”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 41, 101-127.

Adorno, Sérgio (1999), “Insegurança versus direitos humanos – entre a lei e a ordem”, *Tempo Social – USP*, 11, (2), 129- 154.

Alvero, Marcelo e Daniel Ranuschio, “El Juicio Abreviado en el Proceso Penal”. Disponível em http://www.pjn.gov.ar/criminac/TO21/juicio_abreviado_en_el_proceso_p.htm. Acesso em 29.07.2001.

Azevedo, Rodrigo G. (2000a), “A informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 8, (31), 311-324.

Azevedo, Rodrigo G. (2000b), *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim.

Azevedo, Rodrigo G. (2001), “Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 16, (47), 97-110.

Azevedo, Rodrigo G. (2002), “Conciliar ou punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea”, in Alexandre Wunderlich *et al*, *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 55-80.

Barata, Francesc (2000), “La violencia y los mass media – Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 8, (29), 255-268.

Baratta, Alessandro (1994), “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 5, 5-24.

Beck, Ulrich (1998), *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.

Beck, Ulrich (1999), *World Risk Society*. Oxford: Polity Press.

Beck, Ulrich (1999b), *O que é globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra.

Bianchini, Alice e Luiz Flávio Gomes (2002), *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Burzaco, Eugenio (2001), *Rehenes de la violencia*. Buenos Aires: Ed. Atlantida.

Caldeira, Teresa Pires do Rio (2000), *Cidade de muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp e Ed. 34.

Cavallero, Ricardo Juan (1997), *Justicia criminal – Debates en la corte suprema*. Buenos Aires: Ed. Universidad.

Cervini, Raúl, William Terra Oliveira e Luiz Flávio Gomes (1998), *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Choukr, Fauzi Asan (2000), “Informes nacionales – Brasil”, in Julio Maier, Kai Ambos e Jan Woischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Fundação Konrad Adenauer, Instituto Max Planck e Ed. AdHoc, 123-166.

Choukr, Fauzi Asan (2002), *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

Dias, Jorge de Figueiredo e Manuel Costa Andrade (1992), *Criminologia - o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.

Ferrajoli, Luigi (2002), *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Franco, Alberto da Silva (1994), *Crimes hediondos*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Guariglia, Fabricio e Bertoni, Eduardo (2000), “Informe nacional – Argentin” in Maier, Ambos e Soischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 36-73.

Hassemer, Winfried (1990), “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’”, *Doctrina Penal*, Ano 13, 49 a 52, 193-204.

Herzog, Félix (1999), “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, *Revista Penal*, 4. Salamanca.

Kant de Lima, Roberto, Michel Misse e Ana Paula Mendes Miranda (2000), *Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: Uma bibliografia*. BIB, Rio de Janeiro, 50, (2), 45-124.

Koerner, Andrei, “Desordem legislativa, distribuição de poder e desigualdade social – Reflexões a propósito da lei nº 9.677”. Disponível em <http://www.ibccrim.com.br/desordem.htm>. Acesso em 15.02.2000.

Lauand, Mariana e Roberto Podval (2001), “Juizados especiais criminais”, *Boletim do IBCCrim* 107, 22-23.

Lopes Jr., Aury (2001), *Sistemas de investigação preliminares no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Ministério de Justicia de la Nación (1999), *Hacia un plan nacional de política criminal (III)*. Buenos Aires: Dirección Nacional de Política Criminal.

Pavarine, Massimo (1985), “Dentro y fuera de la justicia penal”, *Doutrina Penal*, 29-32, Ano 8, 641-661.

Peralva, Angelina (2000), *Violência e democracia – O paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra.

Robaldo, José Carlos de Oliveira e Vanderson Vieira, “A Sociedade de risco e a dogmática penal”, disponível em <http://www.ibccrim.org.br/doutrinacional/0339>. Acesso em 01.11.02.

Sgubbi, Filippo (1998), *El delito como riesgo social*. Buenos Aires: Ed. Ábaco.

Sidicaro, Ricardo (2001), *La crisis del estado*. Buenos Aires: Libros del Rojas.

Silva, Kátia Elenise Oliveira da (2001), *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Silva Sánchez, Jesús-María (2002), *A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Sorj, Bernardo (2000), *A nova sociedade Brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed..

Toron, Alberto Zacharias (1996), *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Velho, Gilberto e Marcos Alvito (orgs.) (1996), *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ e Ed. FGV.

Virgolini, Julio (1992) “El control social y su articulación con el sistema penal”, *in* Raúl Zaffaroni, *et al.*, *El Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires: AdHoc, 75-164.

Virgolini, Julio (1998), “Estudio preliminar”, *in* Filippo Sgubbi, *El delito como riesgo social*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 15-48.

Zaffaroni, Eugenio Raul (Coord.) (1986), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina – Relatório final*. Buenos Aires: Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Ed. Depalma.

Zaffaroni, Eugenio Raul (1991), *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan.

Zaffaroni, Eugenio Raul (1996), “‘Crime Organizado’: uma categoria frustrada”, *Revista Discursos Sediciosos – ICC*, ano I, 1, 45-68.

Zaffaroni, Eugenio Raul (2000), “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, *in* Zaffaroni, Pierangeli e Cervini, *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 9-40.

Zaluar, Alba (1994), *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro: Ed. Revan e Ed. UFRJ.

Zaluar, Alba (1996), *Da revolta ao crime S.A.* São Paulo: Ed. Moderna.