

O DIREITO PENAL NOS PAÍSES DO MERCOSUL – A RESPONSABILIDADE PENAL

GRASIELA BERNARDON¹, LUIZ LUISI²

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa sobre a responsabilidade penal nas legislações dos países do Mercosul e associados. São apresentadas as responsabilidades sobre as concepções da responsabilidade penal na Escola Clássica e na Escola Positiva do Direito Penal italiano e a repercussão doutrinária e legislativa nestes países.

ABSTRACT

It is a research about the criminal liability in the legislation´s countries of Mercosul and associates. It treats, also the conceptions of criminal liability in classic school and in the positive school of the Italian criminal law and the doctrinaire and legislative repercussion in these countries.

Desde o ano 2000 vem-se trabalhando em uma pesquisa relativa ao direito penal no Mercosul, sob a orientação do Professor Luiz Luisi. Inicialmente pesquisou-se a legislação penal dos entor-

pecentes nos países pertencentes ao grupo (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) e seus associados (Chile e Bolívia). Em 2001 o trabalho teve por objeto os princípios constitucionais penais

¹Acadêmica do Curso de Direito – Bolsista PROICT/ULBRA

²Professor – orientador do curso de Direito/ULBRA

previstos nas Constituições desses países, a fim de utilizá-la como base para um projeto de legislação penal para o Mercosul, não integral, mas setorial. Finalmente, em 2002 foi escolhido o problema da responsabilidade penal e como esta se faz presente nas mesmas legislações.

Os fundamentos da responsabilidade penal foram objeto de uma árdua discussão durante o século XIX, uma acalorada polêmica entre os penalistas da Escola Clássica e da Escola Positiva do Direito Penal Italiano.

A Escola Clássica - cujas raízes se podem situar na obra de Beccaria, mas que tem em Francesco Carrara o seu grande ícone - partiu do livre arbítrio, um axioma que entendia indiscutível, pelo qual a pessoa humana é capaz de orientar sua conduta, de fazer livremente as suas opções. Assim, somente quando a pessoa tem a concreta possibilidade de livremente fazer suas escolhas é imputável e, neste sentido, responsável moralmente pelos seus atos. Como consequência, a responsabilidade penal é responsabilidade moral. Isto faz com que a pena seja uma retribuição jurídica do mal do crime, cometido por pessoa dotada de liberdade de escolha e de opção, ou seja, de livre arbítrio.

A Escola Positiva do direito penal italiano - cujas origens se encontram na obra de Cesar Lombroso e que são objeto de complementação nas obras de Raffaele Garófalo e Enrico Ferri - tem entendimento totalmente antagônico ao dos clássicos sobre a responsabilidade. O ponto de partida dos positivistas é uma concepção determinista. Ao contrário do sustentado, principalmente por Carrara, o positivismo criminológico italiano afirmou que o homem não é dotado de livre arbítrio para orientar sua conduta. O ser humano é entendido como um ser

condicionado, um ser determinado carecendo de liberdade. Uma série de fatores de natureza antropológica a que se acrescentam fatores psicológicos, telúricos (meio ambiente) e sociais contribuem para a formação da personalidade e determinam as condutas das pessoas em sociedade. Os fatores antropológicos e psicológicos são inerentes à pessoa e dizem respeito tanto a sua constituição orgânica quanto psíquica. A esses fatores se acrescentam o meio físico em que vive a pessoa, ou seja, os cosmos-telúricos, tais como o clima, a temperatura anual, as condições meteorológicas, etc., e os chamados fatores sociais, que são, dentre muitos outros, a família, a religião e os costumes.

Esta concepção extremamente determinista termina por dar à responsabilidade penal fundamento estritamente social, ou seja, decorrente exclusivamente do fato de se viver em sociedade.

A partir dessas premissas, a sanção penal perde seu caráter retributivo. É preciso - sustentavam os positivistas italianos - substituir a pena. Os chamados substitutivos penais visam curar, educar e reparar, se apresentando sob variadas formas, vinculadas a perigosidade do agente e às possibilidades de ressocialização.

Os códigos penais editados no decorrer do século XIX foram fundados no entendimento clássico, com a responsabilidade penal embasada no livre arbítrio. Nesse sentido são as legislações editadas nos países estudados. O Código Brasileiro de 1930, o primeiro a vigorar na América Latina proclama, em seu artigo 30, que só havia delito quando o agente agira com "a inequívoca intenção de cometê-lo". E o Código Penal Brasileiro de outubro de 1890 dispunha, em seu artigo 87, § 4º, que não são criminosos "os que se acharem em estado de completa pri-

vação dos sentidos e da inteligência no acto de cometer o delito”.

O Código Boliviano de 1834 (que foi também o primeiro Código do Perú), como também o Código Chileno de 1875, seguiram a mesma orientação.

É de se ressaltar que na Europa do século XIX a legislação penal também se baseou no livre arbítrio, bastando lembrar o Código Zanardelli, o Código Penal Prusiano de 1870, que veio a ser o primeiro Código do Império da Alemanha.

Com o aparecimento das teorias revolucionárias da Escola Positiva começaram a aparecer projetos de Códigos com fundamentos nessas idéias. De todos, sem dúvida, o mais importante foi o projeto de autoria do genial Enrico Ferri, de 1921. Embora não tenha vingado na Itália, o Projeto Ferri veio a ser a fonte inspiradora dos Códigos Penais Soviéticos de 1922 e 1926 e do Código de Defesa Social de Cuba de 1936.

Embora pese o antagonismo radical entre uma concepção da responsabilidade penal baseada no livre arbítrio (responsabilidade moral) e uma responsabilidade penal baseada no determinismo (responsabilidade social), foi possível fazer com que os dois contrastantes entendimentos viessem a conviver nas legislações penais editadas a partir do Código Penal Italiano de 1930, conhecido como Código Rocco.

A Comissão que elaborou o mencionado Código Italiano - presidida por Arturo Rocco e dela fazendo parte Enrico Ferri - construiu duas linhas paralelas. Uma delas tendo por base a responsabilidade penal baseada na culpabilidade do agente, que tem como fundamento a opção do delinqüente pela conduta criminosa, que quando no momento da sua concreção, poderia

ter optado por conduta diversa. Outra, tendo por fundamento a responsabilidade penal baseada na perigosidade do agente, que tem como pilar a impossibilidade real e concreta do agente em função de fatores orgânicos e psicológicos, de agir de outra forma. A rigor, a partir do Código Rocco, as legislações penais têm uma dualidade estrutural. De um lado, a responsabilidade penal, produto da possibilidade concreta do agente poder optar por conduta diversa da conduta delituosa no momento da concreção desta, que traz como conseqüência a pena. De outro lado, a responsabilidade penal de um agente que, devido à sua realidade orgânica e psicológica, não tem condições de determinar a sua conduta, responsabilidade esta que decorre exclusivamente do viver em sociedade e que traz como sanção medidas visando desconstituir o agente daqueles fatores que o levam à prática de fatos tipicamente delituosos.

Examinando as legislações dos países do Mercosul verificou-se que todos os Códigos elaborados a partir do Código Rocco adotam esta dualidade de responsabilidade penal. Todavia, as legislações penais cujos códigos são anteriores ao código italiano de 1930 - que é o caso do Código Chileno de 1875 e do Código Argentino de 1921 - têm outras características.

Em seu artigo 10, § 1º, o Código Chileno entende que o louco ou demente está isento de responsabilidade penal ao dispor que havendo reiteração de práticas delituosas “o Tribunal decretará sua reclusão em um dos estabelecimentos destinados aos enfermos daquela classe, do qual não poderá sair sem prévia autorização do mesmo Tribunal”. E nesse caso prossegue a referida norma, prevendo que “será entregue à família sob fiança de custódia”.

O Código Argentino contém disposições similares. Em seu artigo 34 declara “não punível” aquele que “não haja podido no momento do fato, seja por insuficiência de suas faculdades, por alterações morbosas das mesmas ou por estado de inconsciência, erro ou ignorância do fato não imputável, compreender a criminalidade do ato e dirigir suas ações”. E dispõe mais: “em caso de loucura o Tribunal poderá ordenar a reclusão do agente em um manicômio do qual não sairá senão por decisão judicial, com audiência do Ministério e prévia oitiva dos peritos que deverão declarar desaparecido o perigo de que o enfermo possa produzir danos em si ou em outro. Nos demais casos em que se absolver um processado pelas causas presentes nesta disposição, o Tribunal ordenará a reclusão do mesmo em um estabelecimento adequado até que se comprove a desaparecimento das condições que o fizeram perigoso”.

Os códigos penais do Mercosul posteriores ao Código Rocco disciplinaram para os que não são capazes de se determinar em razão de carência de saúde mental a sua internação, entendida de forma diferenciada da pena, ou seja, como medida de segurança e tendo como fundamento a perigosidade do agente. Estes códigos estabelecem claramente as duas linhas diferenciadas: para os imputáveis, capazes de determinar sua conduta, a responsabilidade criminal com a previsão da pena; para os incapazes de se determinar, a responsabilidade prevendo como sanção medidas de segurança, que se propõem à recuperação do delinqüente.

Nesse sentido o Código Penal Brasileiro de 1940, - copiando as virtudes e os defeitos do Código Rocco, - previu claramente penas fundadas na culpabilidade do agente e medidas de

segurança baseadas na perigosidade. Em verdade, equivocadamente previa, ao lado da perigosidade comprovada, a chamada perigosidade presumida. Estabeleceu também um número exagerado de medidas de segurança, distinguindo-as em pessoais e patrimoniais. As primeiras, divididas em detentivas e não detentivas. Na reforma penal de 1984 a matéria foi totalmente revista, prevendo-se apenas a perigosidade demonstrada e duas formas de medida de segurança pessoais: uma detentiva, de internação em estabelecimento psiquiátrico; e outra não detentiva, de tratamento ambulatorial.

O Código Penal Uruguaio e o recente Código Penal Paraguaio também dispuseram diferenciando a responsabilidade moral da responsabilidade social. Com base naquela, estabeleceram penas e, com base nesta, medidas de segurança.

Todavia, modelo neste sentido é o Código Penal Boliviano (Decreto-Lei n.º 14.426, de 23 de agosto de 1972). É de ressaltar-se que a Constituição Boliviana albergou o princípio da culpabilidade dispondo, em seu artigo 16, que se presume a inocência do acusado “enquanto não se prove a sua culpabilidade”. Cabe referenciar, também, que ao lado das penas, o Código Penal da Bolívia previu, para os imputáveis, assim entendidos aqueles enumerados no artigo 17 (dentre os quais se inclui o índio selvático que não tenha tido nenhum contato com a civilização) a aplicação de medidas de segurança, que estão enumeradas no artigo 79, ou seja, o internamento em manicômio ou em casa de saúde; ou, ainda, em estabelecimento educativo, em casa de trabalho ou colônia agrícola, a suspensão ou a proibição de exercer determinada indústria, comércio, profissão, cargo, emprego,

ofício ou autoridade. A vigilância pela autoridade e a caução de boa conduta.

De maneira geral, as legislações penais dos países do Mercosul e seus associados vêm adotando a linha majoritária no sentido de consagrarem paralelamente a responsabilidade moral e a responsabilidade social, acarretando formas diferenciadas de sanção penal, com a pena pro-

priamente dita, fundada na responsabilidade moral e as medidas de segurança, previstas sob diversas formas, como resposta à perigosidade.

Não é, pois, de todo incorreto o sarcasmo de Magalhães Noronha que escreveu que as legislações penais contemporâneas - e, portanto, as dos países do Mercosul e seus associados - haviam acendido uma vela para Carrara e outra para Ferri...".