

ENTREVISTA: SERGIO MOCCIA

Concedida a Ana Paula Zomer Sica

Sergio Moccia é um dos mais renomados penalistas da atualidade, é professor titular de Direito Penal na Universidade de Nápoles, Itália e autor de diversos livros e artigos relevantes sobre a matéria. Nesta entrevista fala de temas atuais como inflação legislativa, “Operação Mãos Limpas”, delação premiada, enfrentamento da corrupção, etc.

- 1. A inflação legislativa em matéria penal é um fenômeno muito notado na Itália há tempos e que também atingiu o Brasil, especialmente a partir da década de 90. Desde o Código Rocco, é evidente a tendência brasileira de acompanhar os movimentos legislativos italianos, por isso nos interessa aprofundar esse diagnóstico. Se é verdade que esse quadro traz consigo graves problemas, como o caos normativo, a falta de coerência e a inefetividade do sistema penal, quais os fatores que justificam e impulsionam essa expansão desmedida do Direito Penal? Esta tendência ainda se verifica ou há provimentos efetivos de despenalização e deflação legislativa em curso?**

A sua pergunta é um tanto complexa; neste espaço, vou apenas tentar colocar em evidência alguns elementos valorativos.

Não creio que exista alguma razão que possa justificar a contínua expansão do direito penal, mas existem fatores que concorrem para sua explicação: em primeiro lugar, existe uma exigência de afrontar novas formas de agressão a bens “clássicos”, por exemplo, aqueles que dizem respeito à criminalidade econômico-financeira (que continua voltada contra o patrimônio individual e/ou coletivo), criminalidade informática, ao abuso da biotecnologia, à tutela de bens pessoais e coletivos ofendidos mediante agressões ao ambiente, e assim sucessivamente.

Existe, ainda, uma ilusão repressiva, alimentada pela mídia de massa, segundo a qual a resposta mais eficaz a cada fenômeno de grave e amplo conflito individual ou social seria a penal e, portanto, se deveria aumentar e antecipar, no plano da escolha das tutelas, tal espécie de intervenção. Mas, ao contrário, o direito penal é estruturalmente inadequado para afrontar problemas sociais complexos que, como sabido no plano da reflexão científica, exigem estratégias econômicas, sociais, culturais e político-institucionais, freqüentemente de extensão internacional.

A intervenção penal é usada como álibi, em caráter meramente simbólico, e isto vale, em particular, também para as formas mais graves de criminalidade organizada, de tipo comum e político, que com freqüência se aproveitam de situações de grande desequilíbrio sócio-econômico. Estas, são alimentadas por políticas liberalistas irresponsáveis e, no plano internacional, orientadas a uma finalidade de mera sujeição político-econômica, ao invés de uma finalidade autenticamente de democracia e justiça social. Certamente, no confronto de graves condutas criminais, pode tornar-se necessária a intervenção penal, apenas em grau de *extrema ratio* e nos limites das garantias de um estado social de direito.

Infelizmente, a evolução, ou melhor, a involução atual caracteriza-se por uma tendência oposta à despenalização. Ocorre assinalar que, enquanto no plano simbólico se alimenta uma ilusão de “lutar” eficazmente contra graves formas de criminalidade organizada e/ou econômica, a realidade carcerária demonstra que ao uso simbólico da política de “segurança” corresponde à velha repressão das faixas sociais de marginalizados e imigrantes.

Apenas esporadicamente e timidamente, se vislumbra a consciência de uma absoluta impossibilidade de gerir um sistema penal hipertrófico e, portanto, inevitavelmente seletivo. Mas isso, mais do que ceder espaço a intervenções de despenalização verdadeiramente significativas, impulsiona para mecanismos comumente discricionários de degradação do ilícito penal, ao invés de se despenalizar, institui-se um juiz penal “de paz” (mas, tendo em conta a matéria, seria melhor defini-lo, “de guerra”!), alimentam-se formas de justiça contratada através de ritos especiais de tipo premial e se estendem os espaços discricionários de fuga da pena na fase de conhecimento ou de execução. Tudo isto dá lugar, entre outros, a uma fragmentação do sistema sancionatório, que apresenta graves inconvenientes no plano da função e da legalidade da pena.

- 2. Em *La perenne emergenza*, o senhor faz um prognóstico da “síndrome de dinossauro” (“que pela força do crescimento desmedido alcançou tal dimensão ao ponto de não ter condições mais de mover-se e, por conseqüência, morre”), ou seja, o Direito Penal está destinado a morrer ou falir? Os abolicionistas, então, têm razão?**

Um direito penal “onívoro”, além de ter graves efeitos em relação às liberdades individuais, está destinado à falência no plano das finalidades preventivas gerais e especiais que afirma querer perseguir. Resta a função meramente simbólica, que se transforma em instrumento de perpetuação de situações de desigualdade e conflito social, no confronto dos quais não atuam estratégias estruturais mais profícuas. A tal ponto, que a crítica abolicionista da distância do sistema penal das finalidades de reeducação e orientação dos membros da sociedade que deveria perseguir torna-se uma argumentação compartilhável. Todavia, não creio que a solução possa consistir na abolição do direito penal, que correria o risco de ser substituído por reações informais, perigosíssimas para as garantivas individuais e inidôneas para impedir a ocorrência de condutas lesivas aos bens individuais e coletivos fundamentais. Melhor se mostra que a utopia concreta a ser perseguida é aquela de um direito penal subsidiário, conforme as garantias fundamentais do Estado de Direito e lhe esteja ladeado e, em amplos setores, progressivamente substituído por outras respostas estruturais, mais adequadas à complexidade dos fenômenos.

- 3. A sentença nº 364 da Corte Constitucional Italiana ilustra bem como a inflação legislativa pode causar a deslegitimação da justiça penal¹, quais foram os principais reflexos dessa decisão?**

No plano teórico, aquela histórica sentença de 1988, valorizou adequadamente o princípio da personalidade da responsabilidade penal na sua ligação com outros ditames da

¹ Ao pronunciar-se sobre o art. 5º do respectivo Código Penal, a Corte decidiu que o dispositivo legal é constitucionalmente ilegítimo na parte em que exclui da ignorância da lei penal a ignorância inevitável (O mencionado art. 5º é dispositivo análogo ao art. 21 do Código Penal brasileiro, quanto à inescusabilidade do desconhecimento da lei, a saber: “*Nessuno può invocare a propria scusa l’ignoranza della legge penale*”).

Constituição italiana, em relação às funções da pena, ao princípio da legalidade, ao princípio da igualdade. Além de estabelecer, em forma de *obiter dictum*, o repúdio a uma responsabilidade objetiva e a necessidade de um tipo penal subjetivo, nas formas de dolo ou de culpa, ao lado daquela objetiva, a Consulta, como é sabido, declarou parcialmente inconstitucional o art. 5º do Código Penal, tornando escusável o erro inevitável sobre a lei penal. A Corte, no plano da argumentação, evidenciou que as funções de prevenção geral e especial positiva da pena, juntamente com o princípio da legalidade, exigem o conhecimento da ilicitude penal da conduta, e que a personalidade da responsabilidade penal deve ser compreendida como algo que engloba esse conhecimento. Isto não pressupõe necessariamente que se permaneça ancorado à categoria sistemática da culpabilidade, mas se insere plenamente, ainda que em uma concepção aética da terceira categoria do crime que a compreende enquanto “responsabilidade pessoal”, ou seja, enquanto categoria voltada para as funções legítimas da pena, respeitando às exigências de proporcionalidade.

Quanto aos efeitos da sentença no sistema penal, a Corte se deu conta da extrema dificuldade para os cidadãos de conhecer normas penais produzidas de maneira torrencial, comumente obscuras e feitas para tutelar objetividades jurídicas vagas e pouco compreensíveis: esta, pois, abriu espaço para a exclusão de responsabilidade que, todavia, a jurisprudência manteve, sucessivamente, dentro de limites restritos. Mas, sobretudo, na falta de uma reforma ampla do sistema penal e orientada aos princípios de subsidiariedade, fragmentariedade, determinação (taxatividade), materialidade, ofensividade, etc., o remédio constituído pela escusabilidade da ignorância inevitável, mostra-se totalmente insuficiente, como a própria Corte havia deixado entender naquela importante sentença. Mais: o remédio previsto corre o risco de fornecer um alibi para a hipertrofia legislativa.

4. Em sua obra também há uma interessante citação da figura do “sovrano infedele” e do direito de resistência do cidadão contra o Estado “paleorepressivo” e desrespeitador das garantias individuais fundamentais, fale-nos um pouco mais sobre esta idéia.

Trata-se de um tema recorrente na filosofia política, em particular naquela iluminista, que deixou rastro também na elaboração de algumas constituições modernas. Certamente, o soberano infiel hoje é o legislador que não pratica os princípios constitucionais, mas, ao

contrário, move-se, em contraste com aqueles, de maneira que pode ser definido como eversivo do ordenamento constitucional. Mas, num certo sentido, soberano infiel no âmbito do exercício dos próprios poderes é também o juiz que não observa leis e princípios constitucionais, por exemplo, violando a proibição de analogia que, no direito penal, deriva do princípio da legalidade.

Ora, um legislador que não respeita a Constituição e um juiz que não observa as leis, perdem a legitimidade do próprio poder, cuja fonte está na soberania popular e na Carta Constitucional que dela deriva. Surge, então, um direito de resistência dos cidadãos sob formas constitucionalmente legítimas. A propósito, urge evidenciar que um primeiro e elementar instrumento de explicação de tal direito está num princípio constitucional fundamental, qual seja, aquela da liberdade de manifestação do pensamento, e, especialmente no dissenso, seja ele, político, cultural ou religioso. Num sistema constitucional de estado social de direito, não podem ter lugar crimes de mera opinião, como aqueles de vilipêndio, apologia e propaganda: tal sistema distingue-se daquele de um estado autoritário inclusive pela liberdade de expressão, e tal liberdade não pode ser limitada pela tutela de bens como, por exemplo, a ordem constitucional, porque dela é, ao contrário, parte essencial. As instituições devem conquistar o respeito dos cidadãos ou aceitar-lhes a crítica; devem deixar que cada um manifeste livremente, de maneira individual ou coletiva, as próprias convicções, até o ponto em que estas não se transformem em condutas que ofendam bens alheios. Isso deve estar presente, especialmente, em relação ao direito penal político e também à luta contra o terrorismo.

- 5. Nesse quadro, é possível afirmar que a lei penal surge como mero instrumento para o aparelhamento do Estado de Polícia?**
- 6. (em caso positivo) Quais os perigos, para o cidadão e para o Estado de Direito, do reforço cada vez maior do Estado de Polícia? Se a população pede cada vez mais segurança e mais presença do aparato repressivo estatal, não seria legítimo esse movimento?**

As duas questões devem ser consideradas em conjunto. A primeira pressupõe uma complexa tomada de posição sobre a história dos sistemas penais. Alguns críticos, observaram na passagem de um direito penal teocrático para um direito penal laico, particularmente na filosofia penalística do Iluminismo um intento ‘tecnocrático’ de legitimar, racionalizando-o,

o poder punitivo estatal. Certamente, nem Beccaria, nem Feuerbach, eram abolicionistas e nem o era a legislação que recebeu as conquistas de civilidade juspenalista do Iluminismo. E, todavia, é naquela fase da história do direito penal que encontramos as melhores expressões de idéias como *extrama ratio*, repúdio a pena de morte, moderação das penas, legalidade, tutela dos direitos subjetivos e, sucessivamente, de bens jurídicos e tantas outras; e, orientamo-nos para aquelas idéias quando, também no séculos sucessivos, se tentou realizar, ao menos parcialmente, um direito penal mais humano. Aquelas garantias penais de Estado de Direito nascem em oposição ao Estado de Polícia do *ancien régime*, certamente não como seus instrumentos.

Talvez o problema seja, para dizê-lo como Zaffaroni, que o Estado de Direito sempre combateu o Estado de Polícia: no Estado de Direito convivem elementos incompatíveis com ele e próprios apenas em um Estado de Polícia. Os desvios dos princípios do Estado de Direito em matéria penal surgem, normalmente, motivados por exigências de defesa social e de “segurança dos cidadãos”, que assumem os interesses da coletividade organizada em forma de Estado, predominando sobre os valores concernentes às liberdades individuais. No fundo, é do tema da perene emergência que estamos falando: se assume o dever de fazer frente às emergências criminais e de fazê-lo de forma eficaz mediante a expansão da intervenção penal, inclusive sacrificando garantias fundamentais. E a legislação emergencial intervém, com freqüência, como mostra a experiência italiana dos últimos decênios, no plano dos procedimentos penais e poderes de polícia.

Dito brevemente penso que devemos seguir o ensinamento de Alessandro Baratta, segundo o qual é necessário passar do direito à segurança (de alguns) à segurança dos direitos (de todos), campanhas como aquelas da *tolerância zero* ou de *lei e ordem*, comportam uma repressão indiscriminada e freqüentemente desproporcional, que resulta totalmente estéril do ponto de vista da eficácia, inclusive porque se retia a atenção dos problemas estruturais, de tipo econômico, social, cultural e político-institucional que contribuem decisivamente na geração de fenômenos de criminalidade difusa.

7. Qual o saldo da “Operação Mãos Limpas”?

Tratou-se de uma resposta a um grave fenômeno de ilegalidade na administração pública e nos relacionamentos desta com amplos setores da economia: ilegalidades que também compreendiam graves fenômenos de corrupção e concussão, aos quais faltava uma resposta

e, direi, falta ainda uma resposta extrapenal adequada em termos de prevenção e de controle sobre a administração pública, na gestão de empresas e no mercado financeiro.

As várias investigações que tiveram curso nos anos de *Tangentopoli*² constituíram uma reviravolta no controle de camadas sociais tradicionalmente consideradas *ex lege*, mas propiciaram, algumas vezes, fenômenos, já conhecidos em outros setores, de suplência judiciária, facilitados, inclusive, por normas incriminadoras tão amplas a ponto de consentir na punição de meras irregularidades formais, ou, até mesmo, na sua atuação em contextos de corrupção ‘ambiental’.

O emergencialismo e uma errônea visão salvacionista da intervenção do Poder Judiciário deram lugar a uma grave crise da legalidade, inclusive no que tange às garantias processuais: reviveu-se um pouco do sistema inquisitório que se havia desejado superar com a reforma do Código de Processo de 1988, foram constatados graves abusos no uso das custódias cautelares e, ainda, violações de informações constantes de inquiridos sigilosos, que deram espaço para processos paralelos antecipados pelo sensacionalismo da mídia.

O clima emergencial concorreu, juntamente com o alarme derivado da criminalidade organizada de tipo mafioso, para uma longa série de intervenções legislativas descoordenadas e, às vezes, até mesmo contrárias ao próprio Código de Processo Penal; algumas modificações processuais favoráveis aos imputados/investigados, como, por exemplo, em tema de carta rogatória e de transação penal, foram influenciadas por notórios acontecimentos processuais ligados ao fenômeno de *Tangentopoli*, dando lugar a tentativas de tornar a política imune ao processo e à sanção penal.

Com efeito, no plano dos resultados, ou seja, em termos de condenações a penas privativas da liberdade levadas a cabo pela confusão de processos penais do período da operação ‘Mãos Limpas’, as cifras são muito exíguas. Particularmente, é grave o balanço cultural, vale dizer: por um lado uma certa exaltação do ‘governo dos magistrados’ e de um aumento repressivo, pretensamente em favor da ordem constitucional, a despeito da legalidade penal e das garantias individuais; por outro, um pseudo-garantismo de ocasião, voltado à proteção

² NT: *Tangentopoli* é o termo usado para designar a série de escândalos de corrupção, iniciada em 1992 (*tangente* pode ser traduzido como “propina”), que envolveu diversos políticos dos altos escalões do governo italiano, resultando em diversas demissões no gabinete do presidente Francesco Cossiga e levou a magistratura, em princípio de Milão, a detonar a Operação Mãos Limpas. Para saber mais, acessar: <http://www.romacivica.net/anpiroma/larepubblica/repubblica8c.htm>

de apenas alguns autores de crimes de ‘colarinho branco’, e que, ao invés, concentrava o uso simbólico do instrumento penal para outras ‘emergências’, freqüentemente aquelas aplicáveis aos sujeitos mais fracos e marginalizados.

8. Então, é possível dizer que o crime organizado diminui ou está sob controle após anos de aplicação dessas novas práticas de persecução e julgamento dos mafiosos?

Não creio. As máfias continuam a prosperar, cada qual em seu próprio setor de atividade, embora em formas menos “espetaculares” e, dessa forma, menos “arriscadas” para a própria criminalidade organizada. Mas prosperam, por exemplo, o mercado dos entorpecentes e as atividades extorsivas. Este ano, o número de homicídios nas zonas em que a Camorra opera foi elevadíssimo. Se pode também registrar alguns resultados positivos no controle, por assim dizer, meramente militar do fenômeno mafioso, isso, no que concerne às sanções patrimoniais, incidindo em quantidade irrisória em relação às estimativas relativas ao lucros realizados pelas organizações criminais. E, sobretudo, restam intactas as condições estruturais que favorecem tais organizações e as quais seria dever de um Estado social remover, garantindo a efetividades dos direitos fundamentais.

9. Todas essas operações contra a corrupção, crime organizado, trazem consigo alguns dispositivos legais “globalizados”, que são oferecidos como grande solução para a impunidade, dentre eles, a delação premiada, qual a sua visão sobre esses mecanismos negociais, em especial este citado?

Péssimo, por razões que co-implicam direito penal, direito processual penal e direito penitenciário. A redução ou mesmo a exclusão da pena ligada à colaboração processual tende a representar um fenômeno correspondente ao direito penal do autor, privilegiando o autor “dissociado” ou “arrepentido”; do ângulo visual de um direito penal do fato, seria legítima apenas uma premialidade baseada no pressuposto de uma conduta recuperatória em relação ao bem jurídico lesado. A mera colaboração processual, todavia, não realiza tal pressuposto. A premialidade pela colaboração processual reintroduz mecanismos inquisitórios no processo penal, prejudicando a definição dos fatos (ou aferição da verdade) mediante o recurso a fontes de prova interessadas e de escassa credibilidade, com grave prejuízo às garantias da defesa, o recurso a tal tipo de fonte gera, de resto, repercussões no

contraditório e, ainda antes, na normativa substancial, induzindo reformas legislativas e interpretações jurisprudenciais que consentem com abreviações ou reduções da dilação probatória, tornando, por exemplo, penalmente relevantes também as meras declarações de adesão moral a fatos ou organizações criminais.

No plano do tratamento carcerário, o incentivo à colaboração processual advém mediante o endurecimento do regime penitenciário, contrários aos princípios de reeducação e de legalidade da pena, e voltados a extorquir colaborações, prospectando nesse caso vários tipos de benefícios, entre os quais o acesso privilegiado a medidas alternativas à pena detentiva. Tudo isso dá lugar a efeitos graves de desorientação dos cidadãos e não tem nada que a ver com exigências legítimas de reeducação.

10. Como esta revista chama-se ULTIMA RATIO, para finalizar, uma constatação e uma dúvida: se é verdade que o chamado princípio da ultima ratio ou da subsidiariedade do direito punitivo está consagrado nos manuais e na doutrina, como elemento importante à realização da justiça, percebe-se que dificilmente ele é aplicado na solução de casos concretos. É possível estender a aplicação desse princípio da doutrina aos tribunais? Além de possível, isso é necessário?

Há uma série de fatores e, portanto, uma série de considerações a se desenvolver e de possíveis intervenções em favor da perspectiva da *extrema ratio*. Em primeiro lugar, o legislador está a dever cultivar esta perspectiva. A magistratura encontra defronte a si não só fenômenos sociais complexos aos quais não espera, em um sistema democrático, responder – e que às vezes se ilude em poder contribuir para enfrentar mediante o processo e a pena -, mas também uma normativa penal hipertrófica, que não só torna a punibilidade fragmentária, mas também a liberdade (como magistralmente observou Sgubbi). Ao lado de setores da magistratura orientados por um sentido por vezes exasperadamente repressivo, existem outros dispostos a valorizar instrumentos normativos e hermenêuticos orientados *lato sensu* à subsidiariedade, ainda que frequentemente reducionistamente, em clave de deflação processual: cláusulas de irrelevância penal do fato, formas de renúncia judicial à sanção – como aquelas que emergem da transação com suspensão condicional “seca” da pena -, interpretações restritivas de *fattispecie* orientadas à ofensividade.

Posições similares são, como acenei precedentemente, de fôlego curto, na medida em que pressupõem uma punibilidade abstrata e uma possibilidade apenas discricional de renúncia

à sanção. Essa, porém, representa a reação a uma hipertrofia insustentável do sistema penal. Na medida em que a doutrina consiga a orientar a jurisprudência em sentido favorável à promoção de instrumentos normativos e hermenêuticos orientados à *extrema ratio*, essa desenvolverá um papel significativo e irrenunciável.

Uma tal função cultural propulsiva pode e deve desenvolver a ciência penalística também nos confrontos do legislador e dos meios de comunicação de massa. Com efeito, o fator principal que explica orientações jurisprudenciais, mas também legislativas, de tipo repressivo é aquele cultural; e, este último, por sua vez, parece influenciado pela evolução entre as relações entre aquelas que Zaffaroni define como as “agências” do sistema penal e entre elas e outros subsistemas sociais. A cultura das garantias em matéria penal demora a sair da clausura das reflexões científicas, assim como a cultura dos direitos fundamentais e da justiça social demoram em encontrar afirmações na realidade. Prevalece, porém, propagada pelos meios de comunicação, uma visão do instrumento penal como mera repressão de fenômenos criminais, que vêm prospectados como desvinculados de condições estruturais frequentemente notadas, mas cuja remoção resulta politicamente árdua ou disfuncional. Prevalece uma visão da pena como remédio repressivo-dissuasivo eficaz ou, pelo menos, como placebo. Trata-se de uma visão reacionária, que confere ao sistema penal a função de estabilizar a ordem constituída, como teoriza uma certa doutrina penalista alemã.

A essa opõe-se uma visão personalística-solidária de promoção dos direitos e da justiça social, opõe-se uma intervenção integrada, multiagencial, que enfrentam eficazmente os conflitos sociais, relegando o direito penal a um papel subsidiário: dessa forma, não apenas por razões de garantia, mas também por finalidade de eficiência. De fato, apenas um direito penal subsidiário, que delega a outras instâncias do ordenamento intervenções amplas e bem mais eficazes, mesmo de tipo sancionatório, seus complexos fenômenos criminais e suas causas profundas, que, sozinha, não está absolutamente capaz de afrontar, pode aspirar a desenvolver um papel realmente eficaz. A ciência penalística não pode, dessa forma, mais do que promover a cultura dos direitos fundamentais e a perspectiva intervenções mais eficazes justamente enquanto não penais, mas multiagenciais, buscando obter maior repercussão no diálogo com a política e com os meios de comunicação de massa.

