

REVISTA BRASILEIRA DE **ciências criminais**

35

Ano 9 • julho-setembro de 2001

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 9 • n. 35 • julho-setembro de 2001

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678

Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Internet: <http://www.rt.com.br>

e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica e revisão: Oficinas das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.

CNPJ 03.391.911/0001-85

Impressão e Acabamento: Editora Parma Ltda.

CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

O momento é de crise – política, econômica e social –, não obstante todos os que não a querem enxergar, ou a neguem sem maior reflexão. Os desacertos são vários, causando evidente ruptura, no regular funcionamento dos sistemas. Cresce, por isso, o desassossego e a insegurança.

No direito, tal situação reflete-se. Assim, repercute na inoperância, algumas vezes, do Poder Judiciário; revela-se na ausência de concreta política criminal, traçada pelo Executivo; exprime-se na falta de técnica, na elaboração das leis, desfunção do Poder Legislativo, que se agrava na edição de inaceitáveis medidas provisórias, pelo Executivo Federal.

A imprensa – tendenciosa ou desinformada – piora o quadro e acentua a intraquilidade jurídica. Transfigura-se em órgão de investigação, acusação, julgamento e execução sumária. Nem os mais ferozes inquisidores, ao seu tempo, fizeram tanto. Aleija direitos constitucionais – ampla defesa e presunção de inocência, por exemplo – sem a menor cerimônia, e sob o argumento do suposto direito absoluto, ou incontrastável de informar.

Hoje, mais que ontem, é necessário o máximo empenho da sociedade civil, no exigir dos Poderes da República o cumprimento de seus deveres, bem definidos na Constituição. Sobral Pinto, com pontualidade, adverte: “Não há civilização sem liberdade. Não há civilização sem estado de direito democrático. Não há civilização sem tribunais independentes. Não há civilização sem assistência jurídica aos presos. Não há civilização sem respeito às leis nem com desigualdades sociais crescentes. Mas é preciso que os homens públicos tenham caráter” (em *Militares confissões*, Rio de Janeiro : Mauad, 1998, p. 140).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nesse contexto, surge, efetivamente, como uma chama – estampado em seu logotipo –, iluminando os caminhos, incentivando o debate, a reflexão e a crítica. Sempre trazendo ao foco o respeito à dignidade de pessoa humana, básico em qualquer Estado, que se afirma democrático.

E a *Revista de Ciências Criminais*, com a publicação de atualizada doutrina internacional e nacional, desponta como instrumento de trabalho, para os profissionais do direito, na busca de soluções para o restabelecimento da tranquilidade social e da harmonia na comunidade.

Assim, é que se oferece ao leitor mais este número da Revista, que contém, entre outros, na doutrina internacional, os trabalhos de Claus Roxin, “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”; José I. Cafferata Nores, “La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho”; na doutrina nacional, Gabriel Bertin de Almeida, “A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo”; Maria Lúcia Karam, “Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória”.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COLABORADORES	9
1. DOUTRINA INTERNACIONAL	
1.1 Sobre a fundamentação político-crimal do sistema jurídico-penal – CLAUS ROXIN	13
1.2 La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho – JOSÉ I. CAFFERATA NORES	28
2. DOUTRINA NACIONAL	
2.1 A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo – GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA	37
2.2 Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória – MARIA LÚCIA KARAM	55
2.3 Contornos de uma doutrina teleológico-racional do crime – SELMA PEREIRA DE SANTANA	74
2.4 Considerações sobre a origem e evolução da ação de <i>habeas corpus</i> – THIAGO BOTTINO DO AMARAL	101
3. DIREITO PENAL ESPECIAL	
3.1 Maus-tratos: interpretação do Código Penal e confronto com o delito de tortura – JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS	133
3.2 O sujeito passivo nos crimes contra a Administração Pública – LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI	150
4. CRIMINOLOGIA	
4.1 Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal – (Hacia un Sistema Penitenciario Europeo) – ANTONIO BERISTAIN	159
4.2 A violência durante o sono natural e artificial: aspectos clínicos e jurídicos – PAULO C. VAZ DE ARRUDA, ORLANDO PIRES JR., GILBERTO D'ELIA, FERNANDA L. GOMES DE MELO D'ELIA, MARIA ADELAIDE FREITAS CAIRES e CLÁUDIO LEOTTA DE ARAUJO	175
5. POLÍCIA E DIREITO	
5.1 O papel do inquérito policial no sistema acusatório – O modelo brasileiro – EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE	185
6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES	
6.1 Inquérito policial. Segredo de justiça. Determinação de quebra de sigilo bancário. Inadmissibilidade de impedir os advogados de exercerem direitos fun-	

damentais para a efetiva defesa – ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER, MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES, MARCIO GASPAR BARANDIER e LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ	203
--	-----

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 O impossível “panóptico tropical-escravista”: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX – ANDREI KOERNER	211
7.2 O jovem paulista na virada do século: caso de polícia, “aborrecente” ou vítima? – CELIA SOIBELMANN MELHEM	225

8. ANTIGUIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.1 O relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, de 1874, e a política penitenciária brasileira no início do século XX – FERNANDO SALLA	251
8.2 Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte, de 15.02.1874	261

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1 Jurisprudência comentada	
9.1.1 Execução provisória da pena – JOSÉ BARCELOS DE SOUZA	297—
9.2 Jurisprudência recente	
9.2.1 Excesso de prazo. Interpretação acerca dos caminhos da jurisprudência brasileira. Critério dos 81 dias e encerramento da instrução. Voto vencido – Redator para o acórdão Min. Ilmar Galvão	308
9.3 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO	312

10. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

10.1 Lei Complementar 105, de 10.01.2001 – Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências	341
10.2 Lei 10.217, de 11.04.2001 – Altera os arts. 1.º e 2.º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas	345
10.3 Lei 10.224, de 15.05.2001 – Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências	346
10.4 Decreto 3.724, de 10.01.2001 – Regulamenta o art. 6.º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas	346
10.5 Provimento CSM 754, de 26.04.2001 (Conselho Superior da Magistratura de São Paulo) – Dispõe sobre o cumprimento de cartas precatórias e regula a realização dos interrogatórios de presos nos Centros de Detenção Provisória do Estado	351

11. RESENHAS

- 11.1 CASTELO BRANCO, Fernando. *A pessoa jurídica no processo penal* – Resenha por PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA 353

- 11.2 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro* – Resenha por RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 356

12. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 359

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 36 • outubro-dezembro • 2001

**Alguns dos temas que serão abordados no
VII Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências
Criminais**

- **Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário:
os novos padrões**
Alberto Zacharias Toron
- **Responsabilidade fiscal: novos parâmetros para o poder público**
André Ramos Tavares
- **Da competência nos delitos de lavagem de dinheiro**
Ângelo Roberto Ilha da Silva
- **Crimes previdenciários: artigos 168-A e 337-A do Código Penal –
Aspectos gerais**
Heloisa Estellita Salomão
- **Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal**
Jesús-Maria Silva Sánchez
- **Considerações sobre o sigilo bancário**
José Paulo Baltazar Junior
- **Tribunal do Júri e o projeto de reforma de 2001**
Rui Stoco

COLABORADORES

ANDREI KOERNER

Doutor em Ciência Política pela FFLCH/USP. Coordenador do Instituto de Estudos de Direitos, Política e Sociedade. Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal – Instituto Vasco de Criminología San Sebastián – España.

ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER

Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

CELIA SOIBELMANN MELHEM

Doutora e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo.

CLÁUDIO LEOTTA DE ARAUJO

Expert em Criminologia. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CLAUS ROXIN

Prof. Dr. h. c. mult. Univ. Munique – Dr. LL. h. c. Univ. Hanyang – Dr. h. c. Univ. Urbino – Dr. h. c. Univ. Coimbra – Dr. h. c. Univ. Complutense, Madrid – Dr. h. c. Univ. Central, Barcelona – Dr. h. c. Univ. Komotini – Dr. h. c. Univ. Atenas – Dr. h. c. Univ. Lusíada, Lisboa.

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal e Processo Penal pela UNISAL. Especialista em Direito Penal e Criminologia e Mestrando em Direito Social pela UNISAL.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FERNANDA L. GOMES DE MELO D'ELIA

Pós-Graduada do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

FERNANDO SALLA

Sociólogo. Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo. Pesquisador Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

Advogado Criminalista em Londrina. Graduando em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina-PR.

GILBERTO D'ELIA

Doutor em Medicina pela Universidade de São Paulo. Professor da Disciplina de Psicologia Médica e Psiquiatria da Faculdade de Medicina do ABC.

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor de Direito Penal na Universidade Federal de Santa Catarina.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Procurador de Justiça aposentado. Advogado.

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

Advogado. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de Córdoba. Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba.

LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ

Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI

Promotor de Justiça. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo.

MARCIO GASPAR BARANDIER

Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES

Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

MARIA ADELAIDE FREITAS CAIRES

Mestre em Psicologia da Saúde pela Universidade Metodista de São Paulo. Professora de Psicologia Forense.

MARIA LÚCIA KARAM

Juíza de Direito aposentada. Ex-Defensora Pública e Juíza Auditora da Justiça Militar Federal. Professora do curso "Jurisdição e Competência", no Mestrado em Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Cândido Mendes.

ORLANDO PIRES JR.

Pós-Graduando da Universidade Metodista de São Paulo.

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Procuradora da República em São Paulo.

PAULO C. VAZ DE ARRUDA

Professor Titular de Psicologia da Saúde da Universidade Metodista de São Paulo. Professor de Pós-Graduação da Disciplina de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado Criminalista em São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SELMA PEREIRA DE SANTANA

Promotora da Justiça Militar da União. Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL¹

CLAUS ROXIN

SUMÁRIO: 1. Sobre a teoria do ilícito: 1.1 O caráter avalorado (Wertfreiheit) da construção sistemática causal e final no âmbito do ilícito; 1.2 A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do Direito Penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica; 1.3 Objeções – 2. Sobre a teoria da responsabilidade: 2.1 Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção; 2.2 Consequências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico; 2.3 Objeções.

Resumo: Neste estudo, esforça-se o autor por demonstrar de que maneira um sistema político-criminalmente fundado pode libertar-se do normativismo e levar em conta conhecimentos empíricos, especialmente criminológicos, ao resolver problemas jurídicos. Numa primeira parte, expõe a nova teoria do injusto, funcionalmente construída, que adquire a forma de um juízo de imputação objetiva. Na segunda parte, cuida da “responsabilidade” (tradicionalmente conhecida por culpabilidade).

Palavras-chave: Teoria do delito – Conceito de crime – Funcionalismo – Política criminal – Injusto penal – Ilícito penal – Imputação objetiva – Culpabilidade – Responsabilidade – Fins da pena.

(¹) (N. do T.) Tradução, de Luís Greco, autorizada pelo autor, do estudo “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, originalmente publicado em Albrecht / Dünkler / Kerner / Kürzinger / Schöch / Sessar / Villmow (eds.), *Festschrift für Günther Kaiser* (Estudos em homenagem a Günther Kaiser), Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 885 et seq.

Abreviaturas: BGHS_t = AT = Allgemeiner Teil (Parte Geral, refere-se a manuais); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão); BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal, equivalente ao nosso STJ); BGHS_t = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal); BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões da Corte Constitucional); GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht; GG = Grundgesetz (Lei Fundamental); GS = Gedächtnisschrift (Estudos em memória); FS = Festschrift (Estudos em homenagem); JA = Juristische Arbeitsblätter; JZ = Juristenzeitung; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NSZ = Neue Zeitschrift für

A idéia de estruturar categorias basilares do Direito Penal sob aspectos político-criminais² permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência. Isto pode justificar que eu queira tecer algumas observações genéricas sobre questões sistemáticas fundamentais, oferecendo-as ao grande criminólogo e honrado colega, Günther Kaiser, com meus cordiais parabéns por seu septuagésimo aniversário.

1. Sobre a teoria do ilícito

1.1 O caráter avalorado (*Wertfreiheit*) da construção sistemática causal e final no âmbito do ilícito

É sabido que a teoria do ilícito penal neste século, com as construções sistemáticas da teoria clássica (e, mais tarde, neoclássica)³ do delito, a que se seguiu historicamente (após 1930) a teoria finalista da ação, foi edificada sobre os elementos basilares da causalidade ou da finalidade. Discutiu-se por bastante tempo se a causalidade, uma vez considerada elemento fundamental da realização do tipo, poderia dispensar um tratamento adequado aos delitos omissivos.

Strafrecht; Rn = Randnummer (número de margem); StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- (2) Esta idéia é apresentada e mais detalhadamente desenvolvida em meu escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973,* bem como em meu manual *Strafrecht, Allg. Teil*, 3. ed., 1997, vol. I, § 7, Rn. 51-84, passim. O que lá está dito não será aqui repetido.

* (N. do T.) A citada obra encontra-se traduzida para o português, sob o título *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000. Igualmente em português, sobre a proposta de Roxin, veja-se meu artigo “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, *RBCCrim* 32/120 *et seq.*, 2000.

- (3) (N. do T.) O conceito clássico de delito é o de Liszt e Beling, estruturado sobre um injusto objetivo e uma culpabilidade subjetiva, que se construiu sob a influência do naturalismo positivista. O neokantismo relativizou essa dura separação, permeando o injusto de elementos subjetivos, a culpabilidade de elementos objetivos e normativizando ambas as categorias, até chegar ao que hoje se chama conceito neoclássico de delito (cf. Roxin, *Strafrecht...*, § 7/13 *et seq.*; entre nós, Cézár Bitencourt. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. vol. I, p. 137 *et seq.*).

Com a teoria finalista da ação surgiu ainda o problema quanto a se a culpa, constitutiva de certos tipos, poderia ser compreendida através do critério da finalidade.⁴

Em virtude de se terem solucionado de modo insatisfatório estas tentativas de integração é que, em grande medida, a discussão entre “causalistas” e “finalistas”, que dominou a doutrina nos primeiros 25 anos do pós-guerra, tenha hoje silenciado, e que ambas as concepções sistemáticas possuam somente um reduzido número de seguidores na Alemanha. Visto de uma retrospectiva histórico-dogmática, são mais as semelhanças que as diferenças entre as duas teorias que sobressaem: ambas fundamentam o sistema jurídico-penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais. O nexo causal (no sentido da teoria da equivalência) e também sua supradeterminação finalista tentam descrever leis estruturais de acontecimentos do mundo exterior, que são anteriores a toda valoração.

1.2 A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do Direito Penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica

Em face destas construções, a proposta sistemática teleológica/político-criminal (funcionalista), que desde 1970 encontra um número crescente de seguidores,⁵ realiza uma verdadeira revolução copernicana. A imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo,⁶ estrutura o ilícito à luz da função do Direito Penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica (risco não permitido, alcance do tipo), abstraindo de suas variadas manifestações ônticas.

Afinal, não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos. E ainda onde tais estruturas se apresentam, falta-lhes a referência ao Direito Penal, de modo que elas não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica. Pelo contrário, tanto o injusto culposos, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos. Os problemas da teoria causal e final da ação acima expostos perdem, de antemão, seu objeto.

⁽⁴⁾ Cf., quanto a isso, em confronto com as mais avançadas e fecundas concepções finalistas de Struensee (JZ 1987, p. 53 *et seq.*; 1987, p. 541 *et seq.*; GA 1987, p. 97 *et seq.*), por último Roxin, “Finalität und objektive Zurechnung” (“Finalidade e imputação objetiva”), *Armin Kaufmann-GS*, 1989, p. 237 *et seq.* (p. 247 *et seq.*).

⁽⁵⁾ Cf., quanto a isto, com ulteriores referências, Roxin, *Strafrecht*..., § 7, Rn. 24 *et seq.*

⁽⁶⁾ Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht*..., § 11, Rn. 39 *et seq.*

Mas as diferenças entre as concepções de sistema vão além: se considerarmos a ação típica como realização de um risco não permitido, é porque estamos deduzindo o comportamento jurídico-penalmente relevante da tarefa do Direito Penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sócio-politicamente intoleráveis. A idéia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento.⁷ O processamento dogmático desta idéia possibilita e favorece a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, se abra para a realidade.

A controvérsia a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato,⁸ que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais do Direito Penal – para ficar unicamente neste exemplo – não pode ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas de *lege ferenda*, mas também para os espaços interpretativos do Direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático.

O mesmo vale para o conceito de risco permitido: onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas. Quando se quer saber se contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma pessoa não informada desta infecção, utilizando ou não preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sócio-politicamente fundados sobre os limites daquilo que é socialmente tolerável.⁹ Assim, tanto a política social como alguns dados de realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco, de modo imediato na interpretação das ações típicas.

Um sistema jurídico-penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causal e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque ele reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado prévio ontológico, e sim também como produto

(7) Comparem-se, por exemplo, o livro bastante discutido do sociólogo Beck sobre a *Risikogesellschaft* (Sociedade do Risco), 1986, a monografia de Kratzsch sobre *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht* (Direcionamento de comportamentos e organização no Direito Penal), 1985, e o trabalho de Prittwitz sobre *Strafrecht und risiko* (Direito Penal e risco), 1993.

(8) Cf., quanto a isso, com ulteriores referências, Roxin, *Strafrecht...*, § 2, Rn. 26 *et seq.*

(9) Cf., sobre os problemas e controvérsias aqui existentes, com maiores referências, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 108 *et seq.*

de uma valoração legislativa. Se, por exemplo, a venda de drogas a outrem na consciência dos possíveis efeitos, droga essa que vem a ser injetada pelo consumidor com resultado de morte, é ou não uma ação dolosa de homicídio, isto não pode ser respondido através de categorias como a causalidade ou a finalidade, mas unicamente através da teoria da imputação objetiva. Segundo ela, não existirá ação de homicídio, porque a imputação é limitada pelo princípio da auto-responsabilidade.¹⁰

1.3 Objeções

Depois de tudo isso será difícil concordar com a afirmação de Hirsch, um dos últimos defensores engajados do finalismo atualmente, no sentido de que “desde a reconstrução do sistema operada por Welzel, não surgiram concepções dogmáticas fundamentais convincentes”.¹¹ Nos delitos dolosos, considera ele os problemas de imputação objetiva uma questão de dolo.¹² Mas os casos de AIDS e drogas, acima descritos, já demonstram o quão pouco isto é verdadeiro. É certo que, nestes casos, ainda que os agentes tenham assumido o risco de (ou mesmo almejado) um resultado de lesão ou morte, estará ausente o dolo. Mas isto não é devido à ausência da finalidade em seu agir, mas sim ao fato de inexistir um tipo objetivo, sobre o qual o dolo do delito se possa projetar. A *sedes materiae* é, portanto, o tipo objetivo, não o dolo.¹³

Quanto aos delitos culposos, pensa Hirsch:¹⁴ “Se levarmos em consideração (...) o nexo de antijuridicidade¹⁵ do delito culposos, veremos que se trata, é verdade, de um ponto de vista objetivo, a saber, o vínculo condicional entre a ação

(10) BGHSr 32, p. 262, com comentário de Roxin, NSrZ 1984, p. 411. Mais detalhes quanto a tudo, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 91-104.

(11) Hirsch, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln (Edição comemorativa da Faculdade de Direito de Köln)*, 1988, p. 399 et seq. (p. 420).

(12) Hirsch, “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht” (“O desenvolvimento da dogmática jurídico-penal na República Federal da Alemanha, numa visão de princípios”), Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Direito Penal e política criminal no Japão e na Alemanha)*, 1989, p. 65 et seq. (p. 68).

(13) Cf., quanto a isto, Roxin, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung” (“A teoria da imputação objetiva”), *Sonderausgabe der Chengchi Law Review zum taiwanesisch-deutsch-spanischen strafrechtlichen Symposium (Edição especial da Chengchi Law Review para o Simpósio jurídico-penal taiwanês-alemão-espanhol)*, Taipei, 1989, p. 219 et seq. (p. 236 et seq.).

(14) Hirsch, “Die Entwicklung...”, p. 68.

(15) (N. do T.) O tipo objetivo do delito culposos compõe-se, segundo o finalismo (seguido por Hirsch), de uma violação do dever objetivo de cuidado, de um resultado lesivo, e de um nexo valorativo (a terminologia é bastante confusa: nexo de antijuridicidade, de violação do dever, de determinação...) entre o dever objetivo de cuidado e o resultado.

voluntária contrária ao dever de cuidado e o dano causado. Mas a espécie de relação entre a ação contrária ao dever de cuidado e o resultado decorre já da essência do delito culposo. Este só se aperfeiçoa se o resultado decorrer exatamente da referida violação do dever de cuidado. Aqui também não resta espaço, portanto, para uma autônoma teoria da imputação objetiva". Aquilo que aqui – numa roupagem ontológica – é referido como a "essência do delito culposo", não passa (abstraindo-se de que o mesmo vale para os delitos dolosos)¹⁶ da regra central da imputação, segundo a qual o resultado deve representar uma realização do risco não permitido que o dever de cuidado consubstanciado no tipo pretendia prevenir.¹⁷ Em substância, acaba-se de reconhecer que não é possível sistematizar a culpa utilizando-se do critério da finalidade, mas unicamente através das regras da imputação objetiva.

Outra crítica formulada ao sistema teleológico-racional, que opera com regras de imputação, dirige-se contra a suposta indeterminação de seus conceitos. "Atrás de cada teoria encontra-se hoje (...) facilmente a tendência, decerto não defendida por Roxin, de introduzir conceitos genéricos e pouco nítidos no lugar de uma construção e sistematização precisa e conforme a coisa".¹⁸⁻¹⁹ É certo que, quando se extraem decisões valorativas de premissas político-criminais e de dados empíricos, é possível, às vezes, sustentar opiniões diversas; trata-se de uma peculiaridade de todo trabalho jurídico, que jamais fornecerá soluções matematicamente seguras. Ainda assim, como demonstram recentes monografias,²⁰ a perspectiva funcional ou teleológico-racional conseguiu, no âmbito do injusto doloso ou culposo, chegar a distinções e precisões sistemáticas que ultrapassam consideravelmente, em fecundidade e aceitabilidade,²¹ todos os esforços anteriores.

Os seguidores da imputação objetiva costumam entender este nexos como o segundo requisito da imputação: a realização do risco dentro do alcance do tipo.

(16) Mais detalhes em Roxin, "Finalität...", p. 237 *et seq.*, confrontando-se com Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?" ("Imputação objetiva em delitos dolosos?"), *Festschrift für Jescheck* (Estudos em homenagem a Jescheck), 1985, vol. I, p. 251 *et seq.*

(17) Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 72 *et seq.*

(18) Hirsch, "Die Entwicklung"..., p. 69 *et seq.*

(19) (N. do T.) Hirsch utiliza os termos "*sachlich präzise Begriffsbildung und Systematisierung*". A primeira palavra – *sachlich* – é uma forma adverbial do substantivo *Sache*, coisa, e indica a preocupação finalista em levar em conta a natureza da coisa a ser regulada.

(20) Por exemplo, Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Imputação objetiva e pessoal do comportamento, risco e lesão em sistema funcional do fato punível), 1981; Frisch, *Vorsatz und Risiko* (Dolo e risco), 1983; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Comportamento típico e imputação do resultado), 1988.

(21) (N. do T.) A palavra alemã é *Konsensfähigkeit*, que se traduziria, literalmente, por capacidade de consenso.

2. Sobre a teoria da responsabilidade

2.1 Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção

Assim como o injusto deve ser sistematizado desde as tarefas do Direito Penal – a defesa contra riscos socialmente insuportáveis – utilizando-se de regras de imputação decorrentes, a responsabilidade, como segunda categoria central do sistema do fato punível, deve fundar-se sobre a teoria dos fins da pena. Enquanto a teoria do ilícito responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa a solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou.

Contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor é o ponto de vista das teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade. Corresponde a uma tal teoria retributiva tornar a punibilidade do autor que agiu ilicitamente dependente só de sua culpabilidade. Era, portanto, conseqüente que, na época do Direito Penal puramente retributivo,²² o conteúdo do elemento do crime posterior à ilicitude, capaz de fundamentar a punibilidade individual, se esgotasse na “culpabilidade”. Curioso e anacrônico é, porém, que ainda hoje nossa dogmática leve em conta, ao lado do injusto penal, unicamente a “culpabilidade” como categoria autônoma do delito, apesar de que só raramente se defenda uma teoria retributiva estrita, e que esta concepção seja incompatível

(22) (N. do T.) A doutrina brasileira continua a sustentar, em grande parte, que a pena é retribuição, ou segue um ecletismo dentro do qual a retribuição ainda encontra lugar de destaque. Isto tem a ver não só com a influência italiana, principalmente do retributivista Bettiol, como também com a nova Parte Geral, de 1984, que se referiu à pena “necessária e suficiente para *reprovação* e prevenção do crime”. Roxin parte do pressuposto de que a época de tais teorias esteja definitivamente superada, o que, se ainda é inexato em nosso país, não deixa de ser desejável.

A idéia comumente repetida entre nós, de que a pena deva corresponder à culpabilidade, de que esta seja não só o limite, mas também o fundamento da pena, igualmente é tributária deste pensamento retributivista hoje inaceitável. A doutrina moderna vem, cada vez mais, abandonando esta concepção “bilateral” de culpabilidade – em que a culpabilidade teria função tanto de limitar, como de fundamentar a pena, não podendo esta ultrapassá-la, nem tampouco lhe ficar aquém – por uma concepção “unilateral”, que vê a culpabilidade exclusivamente como limite da pena, podendo esta, contudo, ser-lhe inferior, por motivos de prevenção [a respeito, os pioneiros trabalhos de Roxin: “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56, (1973), p. 316 *et seq.* (p. 319); “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), p. 641 *et seq.* (p. 654)].

vel com nossa legislação penal, face ao disposto nos §§ 46, 46a, 47 StGB, 153 e seguintes, StPO.²³⁻²⁴

Se partirmos, contudo, do pressuposto de que a culpabilidade é, de fato, condição necessária, mas não suficiente da punição, deveremos acrescentar à culpabilidade – que é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas²⁵⁻²⁶ – uma necessidade preventiva de pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do Direito e pelas modernas teorias da pena. Se a influência que tais teorias exercem sobre o Direito sancionatório é tal que, mesmo quando existente a culpabilidade, arquiva-se o procedimento, deixa-se de aplicar a pena ou ela é suspensa condicionalmente, é inconseqüente e somente compreensível através do poder de inércia de dogmas tradicionais que, na medição da pena e na fundamentação da punibilidade, elas sejam tão pouco ou em nada consideradas.

No que se refere à medição da pena, na jurisprudência ainda (com pequenas flexibilizações possibilitadas pela teoria do espaço livre)²⁷ vige o preceito: “Quanto

(23) Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht...*, § 3, Rn. 2-10, 44-47.

(24) (N. do T.) “§ 46, StGB. Princípios para a medição da pena. (1) A culpabilidade do autor é o fundamento da medição da pena. Devem-se levar em conta as conseqüências que sejam de se esperar da pena para a vida futura do autor na sociedade”. No (2), arrola a lei algumas circunstâncias que devem ser levadas em conta na fixação da pena, excluindo-se, no (3), aquelas que já tenham sido levadas em conta na qualidade de elementos do tipo legal.

O § 46a prevê a chamada “composição autor-vítima” (*Täter-Opfer-Ausgleich*), que tem por efeito uma diminuição ou, em certos casos, uma isenção da pena nas hipóteses em que o autor tenha reparado o prejuízo, ou empenhado sérios esforços no sentido de o fazer.

O § 47 StGB consagra o princípio da excepcionalidade das penas curtas de privação de liberdade, assim entendidas as inferiores a seis meses, que só se aplicarão quando exigências de prevenção especial ou geral as tornarem necessárias.

Os §§ 153 e seguintes da StPO, (que é o código de processo penal), consagram, entre outros, o princípio da oportunidade na criminalidade menos grave, o da insignificância, a suspensão provisória do processo etc.

(25) Não se pode examinar nesta sede os problemas especificamente vinculados ao conceito de culpabilidade. Aprofundadamente quanto a isto, Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 1-59.

(26) (N. do T.) A expressão alemã é *Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*. *Ansprechbarkeit* é a substantivação do adjetivo *ansprechbar*, que significa a qualidade daquele com quem se pode falar, a possibilidade de alguém ser destinatário de determinada mensagem. Daí porque desdobrei, de modo talvez insatisfatório, a sucinta formulação alemã em algo mais longo.

O essencial é que, através desta formulação, procura Roxin encontrar um substrato empiricamente verificável para o conceito de culpabilidade, evitando cair nas aporias e na metafísica do “poder-agir-diversamente”, que ele considera cientificamente inverificável (*Strafrecht...*, § 19/36, 19/39).

(27) (N. do T.) Na Alemanha, discute a doutrina várias teorias a respeito da medição da pena. Para a teoria da pena pontual (*Theorie der Punkstrafe*), os critérios de medição da pena dados pela lei sempre conduziriam a uma única pena correta. Já para a

ao conteúdo, a pena não pode desvincular-se de sua finalidade de retribuição à culpabilidade nem para cima, nem para baixo” (BGHSt 24, 134). Por um lado, hoje se reconhece que a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade.²⁸ Isto se explica com base na função de limitar a pena, desempenhada pelo princípio da culpabilidade, que, enquanto exigência do Estado de Direito, deve ser aceita de modo irrestrito. Mas como fundamentar que a pena não possa ficar aquém da medida da culpabilidade? Se é inegável que uma grande porcentagem de todos os delitos cometidos culpavelmente é simplesmente arquivada, na forma dos §§ 153 e seguintes, StPO, então inexistente argumento racional no sentido de que a aplicação da pena não possa desvincular-se da medida da culpabilidade “para baixo”, nos casos em que assim o demandarem necessidades preventivo-especiais, e em que o permitam exigências preventivo-gerais. Os §§ 46 I, 2, 46a, 47 do StGB apontam para este caminho das teorias da pena, sendo difícil compreender por que se hesita tanto em segui-lo. De qualquer maneira, aqui se encontra um campo de trabalho bastante fecundo para a política criminal e para a criminologia.

Tudo isto vale também para a dogmática, ou seja, para a determinação daquilo que é em si punível. Se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa. A categoria do delito que segue o ilícito deve, portanto – obviamente, permanecendo-se vinculado à lei – tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva da sanção penal, englobando as duas sob o conceito de “responsabilidade”.

2.2 Consequências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico

Já demonstrei várias vezes ser esta também a visão do legislador. Os §§ 33 e 35 do StGB,²⁹ por exemplo, são casos de redução, e não de exclusão, da culpabi-

Spielraumtheorie (que traduzi por teoria do espaço livre, ciente das limitações desta tradução), adotada pela jurisprudência, a pena adequada à culpabilidade nunca pode ser determinada com exatidão; restaria sempre um campo livre, uma margem dentro da qual o Tribunal poderia mover-se guiado por considerações de prevenção especial (cf. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996, p. 880-881).

Spielraum, literalmente, significa espaço (*Raum*) de jogo (*Spiel*). Porém, seguir os espanhóis e falar em “espaço de jogo” (p. ex., Mir Puig, *Derecho Penal – Parte general*. 5. ed. Barcelona, 1998, § 3/55), significaria desconhecer que há certas palavras que, uma vez juntas, adquirem um terceiro significado, diverso da soma dos dois anteriores. *Spielraum* significa margem de liberdade, discricção, e foi este o sentido que tentei captar ao falar em “espaço livre”.

(28) (N. do T.) Veja-se a nota 22.

(29) (N. do T.) O § 33, StGB, prevê a causa de exculpação do excesso de legítima defesa, que opera quando o autor aja por algum motivo astênico (desorientação, medo ou

lidade; a não-punibilidade decorre somente de levar em conta o legislador a ausência da necessidade preventivo-geral e especial do sancionamento.³⁰

E quando o § 19 do StGB dispõe: “É incapaz de culpabilidade aquele que ainda não tem quatorze anos ao cometer o fato”, é evidente que isto – tomado literalmente – é correto em muitos, mas jamais em todos os casos. O jovem de treze anos que quebra as janelas do vizinho, sabe, em regra, que não é permitido agir assim, e pode comportar-se de acordo com esta exigência; a punição paternal não se aplicará sobre uma pessoa sem culpabilidade. Mas se o legislador, aqui, dispensa a pena, isto ocorre principalmente porque a coletividade não considera delitos cometidos por crianças uma especial ameaça, faltando, portanto, uma necessidade preventivo-geral de punição; e também porque a tentativa de educar crianças através da pena criminal é contra-indicada do ponto de vista preventivo-especial. Se, com o crescimento da criminalidade praticada por crianças nos últimos anos, já se escutam vozes a exigir a diminuição da maioridade penal para os 12 anos, isto só pode fundar-se não em uma culpabilidade recentemente descoberta no incapaz de culpabilidade, e sim na necessidade de uma prevenção mais eficaz. Será tarefa da criminologia demonstrar que instrumentos de educação e de controle social devem aqui ser utilizados e que, de qualquer maneira, o Direito Penal não é um meio idôneo para disciplinar e socializar crianças. Esta tarefa acaba por ser ocultada quando se interpreta, com a opinião dominante, o § 19 do StGB unicamente como uma presunção absoluta de que crianças sejam incapazes de culpabilidade, sem considerar as componentes preventivas. Pois, de acordo com esta concepção, as discussões sobre o rebaixamento da maioridade penal levam em conta unicamente o ponto de vista da capacidade de culpabilidade, chegando-se, previsivelmente, a resultados diversos. As questões decisivas sequer seriam notadas.

pavor). O § 35 do mesmo diploma prevê o estado de necessidade excludente de culpabilidade, que se dá quando o agente age para evitar um perigo para a vida, a integridade física ou a liberdade, sua ou de pessoa próxima, não se aplicando, contudo, a exculpante àquele de que, por sua especial posição jurídica, exija o ordenamento que enfrente o perigo, tampouco àquele que o tenha causado. Roxin costuma argumentar que em tais casos exista, sim, um “poder-agir-de-outra-maneira”, ou, como ele prefere, um “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”, de modo que a isenção de pena ocorre por considerações alheias à culpabilidade, que só podem ser preventivas. Explicitando: aquele que age em estado de necessidade exculpante não tem sua idoneidade para ser destinatário de normas suspensa. Ele continua sabendo, ou ao menos podendo saber, que roubar é ilícito. Contudo, se o Direito ainda assim o isenta de pena, isso se dá porque reconhece inexistir qualquer necessidade preventivo-geral ou especial a justificar a punição (veja-se, p. ex., Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 69-70).

⁽³⁰⁾ Mais detalhes quanto a isto, quanto ao posicionamento da literatura e quanto às respostas a suas diversas objeções, cf. Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 1-9 e § 22, Rn. 7-14.

Contudo, a limitação da responsabilidade mesmo pelo comportamento culpável através da necessidade preventiva da sanção só é permitida nos limites da lei – e não através de uma apreciação da necessidade de pena a ser feita pelo juiz. Mas as possibilidades de uma interpretação restritiva da punibilidade, dentro dos limites do Direito vigente, são ainda mais amplas do que se está acostumado a considerar. Assim é que, por exemplo, dentro dos limites do preventivamente tolerável, podem ser isentos de responsabilidade penal aqueles atos praticados com base na liberdade de crença e consciência (art. 4, GG), e isto através de uma interpretação conforme a Constituição. Fundamentei este ponto de vista mais detalhadamente em outro lugar, onde tentei igualmente concretizar as exigências preventivas,³¹ mas também nesta questão serão necessárias pesquisas empíricas para que se preencha de conteúdo o conceito dogmático.

Algo similar ocorre com a desobediência civil, que cai dentro do âmbito de proteção³² dos arts. 5 e 8 da GG, e que, em suas manifestações socialmente suportáveis, pode ser tratada de modo mais tolerante;³³ isto possibilitaria soluções político-criminais bem mais sensatas do que aquelas que nos fornece a jurisprudência sobre o bloqueio sentado (BGHSt 41, 182).³⁴ Investigações empíricas e discussões político-criminais podem fornecer soluções aptas a gerar consenso também neste campo – bastaria que elas fossem admitidas na argumentação da dogmática jurídico-penal!

Por fim, também na culpa leve é possível, *de lege lata*, fundamentar uma isenção da responsabilidade penal, se entendermos a punição não como consequência necessária da culpabilidade, e introduzirmos na categoria da responsabilidade a necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit*), que só surge com a indispensabilidade preventiva de uma sanção jurídico-criminal. Costuma-se reconhecer que,

(31) Roxin, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund* (O ato de consciência como causa de isenção de pena), em: *Maihofer-Festschrift* (Estudos em homenagem a Maihofer), 1988, p. 389 *et seq.*; sintetizado em Roxin, *Strafrecht...*, § 22 C, Rn. 100-133.

(32) (N. do T.) A palavra alemã é *Schutzbereich*, tomado da teoria dos direitos fundamentais, na qual significa o campo da vida que é protegido pela vigência de determinado direito fundamental (Pieroth / Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*. 14. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1998. § 7/195 *et seq.*).

(33) Mais detalhes em Roxin, "Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam" (Considerações jurídico-penais sobre a desobediência civil), *Festschrift für Schüler-Springorum* (Estudos em homenagem a Schüler-Springorum), 1993, p. 441 *et seq.*; sintetizado em Roxin, *Strafrecht...*, § 22, D, Rn. 130-133.

(34) (N. do T.) Trata-se do conhecido caso da *Sitzblockade* (que traduzi por bloqueio sentado, cômico da precariedade de minha tentativa), em que duas mulheres bloquearam a passagem de uma rua em frente a um depósito de munições para protestar em defesa da paz, sendo condenadas, pelo BGH, pelo delito de coação (*Nötigung*), um equivalente de nosso constrangimento ilegal (Arthur Kaufmann. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München : Beck, 1997. p. 56 *et seq.*).

na culpa leve, é desnecessária a pena criminal:³⁵ a perturbação à ordem social pode ser resolvida através da compensação civil; e uma intervenção preventivo-especial se mostra desnecessária, porque mesmo a pessoa mais cuidadosa pode evitar pequenos descuidos em casos específicos, mas não permanentemente – está além da natureza humana comportar-se com precisão e cuidado jamais cessantes – de modo que uma pena nada conseguirá modificar.

Se, ainda assim, a dogmática mal enxerga a possibilidade de reduzir a punição dos delitos culposos a uma medida sócio-politicamente razoável,³⁶ isto decorre novamente da consideração irrefletida de que a culpabilidade – e também a culpa leve é culpabilidade – sempre tem de trazer consigo a punibilidade. Quando se reconhece, por outro lado, que mesmo nos delitos dolosos, segundo a vontade do legislador expressa nos §§ 33 e 35 do StGB, uma culpabilidade reduzida leva à isenção de pena, vê-se que a valoração legislativa apóia por completo a suposição de que o mesmo deva ocorrer aos delitos culposos. A causa de exculpação da inexigibilidade, reconhecida pela jurisprudência e, desde então, também pelo Direito costumeiro, pode, justamente em casos de exigências que sobrecarreguem os indivíduos, oferecer a esta solução um enquadramento jurídico-sistemático plausível. Este exemplo também demonstra o quão facilmente, se seguirmos a proposta aqui defendida, é possível integrar no sistema exigências reconhecidas racionalmente do ponto de vista político-criminal. Fica claro que a questão de quando, concretamente, um comportamento culposos se encontra fora das necessidades preventivas jurídico-penais, representa um campo fecundo de trabalho para a criminologia.

2.3 *Objecções*

Uma concepção de responsabilidade orientada pelos fins da pena, mesmo em um panorama traçado só em suas linhas fundamentais, já demonstra não serem pequenas as suas consequências sistemáticas e práticas. Mas, diversamente do que ocorre na teoria da imputação objetiva, reestruturadora do conceito de ilícito, e que se consolidou de modo vasto na doutrina, a complementação da categoria da culpabilidade através de considerações sobre a necessidade de pena ainda encontra muitos mal-entendidos, bem como objeções por eles provocados. A intenção de clarificar o problema justifica uma curta discussão com vozes representativas da crítica.

Hirsch³⁷ pensa que a proposta sistemática aqui defendida fundamenta a culpabilidade através da prevenção. “Com isso, o conceito de culpabilidade não pode desempenhar a função dele esperada, que é de limitar a pena em especial

(35) Cf., por exemplo, as referências em Roxin, *Strafrecht...*, § 24, Rn. 885, nota 107.

(36) Cf., porém, as referências em Roxin, *Strafrecht...*, § 24, Rn. 119.

(37) Hirsch, ZStW 106 (1004), p. 757; quanto a isto já Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 9.

também face a necessidades de prevenção, eis que ele já está determinado pelas exigências da prevenção”. A consequência é tão correta quanto incorreta se mostra a premissa. Pois também de acordo com a teoria aqui defendida a punibilidade sempre exige uma culpabilidade, que, enquanto “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”, é independente de quaisquer considerações preventivas. A ausência de uma necessidade preventiva pode excluir a responsabilidade, não a culpabilidade.

Sobre “a ‘teoria político-criminal’ de Roxin”, diz Jescheck:³⁸ “Ela questiona ‘se, do ponto de vista jurídico-penal, é necessária uma sanção contra o autor individual’. A culpabilidade seria unicamente um limite ao poder punitivo estatal, tratando-se, materialmente, de nada mais que ‘agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas’. O decisivo passa a ser, assim, se a pena é merecida; logo, a culpabilidade é pressuposto, e não unicamente limitação da pena”. Também aqui há um mal-entendido, se bem que de outra espécie. Pois aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto. Eu o declaro com toda clareza:³⁹ “Segundo a concepção aqui defendida, a pena sempre pressupõe culpabilidade, de modo que necessidade de prevenção alguma, pouco importa de qual tamanho, pode justificar uma pena que contrarie o princípio da culpabilidade.” Considerar que eu não reconheça a culpabilidade como pressuposto da pena não corresponde, portanto, à minha doutrina.

Lenckner,⁴⁰ que reproduz de modo correto o pensamento básico da concepção aqui sustentada, faz abordagem diversa: “Segundo esta teoria, a ‘culpabilidade’ no sentido de ‘agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas’ (...) é uma condição necessária, mas não suficiente para a ‘responsabilidade’ penal, pois esta é determinada complementarmente por exigências preventivas. Daí deveria decorrer ‘uma maior limitação da pena’ em comparação com ‘aquilo que o princípio da culpabilidade isoladamente pode garantir, o que está de acordo com o Estado de Direito’”. Lenckner objeta que, “tendo em vista a imprecisão de pontos de vista preventivos”, isto seria de duvidar-se, assim como “a fecundidade da teoria dos fins da pena para as causas de exclusão de culpabilidade e de exculpação,⁴¹ reunidas sob a rubrica causas de exclusão de responsabilidade”.

(38) Jescheck / Weigend, *Strafrecht, Allg. Teil*. 5. ed. 1996. p. 427.

(39) Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 7.

(40) Schönke-Schröder / Lenckner, *StGB*, 25. ed., 1997, vor § 13, Rn. 117.

(41) (N. do T.) Alguns autores, como o citado Lenckner, distinguem causas de exclusão de culpabilidade (*Schuldausschliessungsgründe*) de causas de exculpação (*Entschuldigungsgründe*). Nas primeiras, que compreenderiam a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável, estaria de antemão excluída a culpabilidade. Já nas segundas – estado de necessidade exculpante, coação irresistível – operaria não a total exclusão, mas uma simples redução na culpabilidade. Mas como tais causas de exculpação sempre prevêm ações orientadas a salvar algum bem jurídico, haveria, ao lado da redução na culpabilidade, uma redução no injusto. Esta redução no injusto, por fim, refletiria na culpabilidade, nela operando uma segunda redução. Em síntese: cau-

“Imprecisão” e “infecundidade” são, portanto, as palavras-chave de sua crítica. Porém, considerações preventivas, sem as quais ninguém consegue proceder a uma apreciação da necessidade de pena de um comportamento, não oferecem menos precisão que a tentativa de uma exata determinação da culpabilidade e de sua medida. O desconforto face aos espaços de liberdade ainda restantes é reduzido ainda decisivamente se recordarmos que, em primeiro lugar, se trata unicamente do desenvolvimento de decisões valorativas pré-dadas, feitas pelo legislador, e que, em segundo lugar, tais considerações preventivas só legitimam que se permaneça aquém da culpabilidade, não agravando, e sim beneficiando o cidadão nas zonas limítrofes da necessidade de pena. Por outro lado, postulações político-criminais como a de que é desnecessário, do ponto de vista preventivo, penalizar a culpa leve ou os atos de crianças, são criminologicamente verificáveis, e aptas a obter consenso. E a introdução dos direitos fundamentais também na esfera da dogmática jurídico-penal é um dever do qual esta, assim como o Processo Penal e outros ramos do Direito, não podem furtar-se.

Igualmente não posso admitir que seja “infecundo” valer-se da teoria dos fins da pena ao responder a pergunta quanto à punibilidade ou não de determinado comportamento.⁴² Pois para que deveria servir esta teoria, se não para determinar quando, no caso concreto, uma pena é necessária, e quando é possível dispensá-la? Parece-me, também, que a fecundidade da proposta aqui defendida esteja comprovada pelas conseqüências que, de modo rápido e sumário, acima expus, e que vão bastante além do estágio da discussão até agora alcançado.

Como último crítico, façamos referência a Lackner,⁴³ que admite, sem mais, a possibilidade de que “um juízo de reprovação em si fundado se torne, segundo a lei (p. ex., no estado de necessidade exculpante do § 35), sem efeito, em virtude de a proteção de bens jurídicos dispensar uma reação penal”, para logo após levantar reservas contra a concepção aqui sustentada, “eis que ela acarreta uma criticável redução do princípio da culpabilidade à função de limite superior da pena”. Se isto significa que eu não entenda a culpabilidade como pressuposto e razão de legitimidade da pena, é de aplicar-se aquilo que já disse a Jescheck. Se, por outro

sas de exclusão de culpabilidade, como o nome indica, excluem a culpabilidade; causas de exculpação reduzem o injusto e a culpabilidade a uma dimensão que não mais legitima a punição (cf., por todos e com referências, Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1995, § 43, II).

(42) Lenckner, *StGB...*, fundamenta suas dúvidas unicamente através de uma referência ao § 35, por ele interpretado como “uma dispensa da reprovação da culpabilidade legitimada pela concorrência de duas causas de diminuição da culpabilidade”. Isto não é, porém, uma interpretação correta; cf. minhas considerações – Roxin, *Strafrecht...*, § 22, Rn. 9/10. Mas mesmo que ela estivesse certa, se não levássemos em conta a necessidade preventiva de pena, seria inexplicável que a dupla diminuição da culpabilidade levasse à exclusão da punição (e não a uma simples redução).*

* (N. do T.) Cf. notas de rodapé 41 e 29.

(43) Lackner, *StGB...*, 22. ed., 1997, vor § 13, Rn. 24, 25.

lado, Lackner deseja expressar que toda a culpabilidade precisa ser punida – do contrário, o princípio da culpabilidade estaria “reduzido” – tal assertiva não estaria em consonância com a tarefa do Direito Penal, de proteção subsidiária de bens jurídicos, e tampouco com suas próprias considerações a respeito do § 35.

Logo depois, esclarece Lackner suas reservas da seguinte maneira: “Face ao estado atual da discussão, marcado por diversos mal-entendidos, tais vinculações internas entre culpabilidade e prevenção trazem consigo (...) o perigo de que o princípio da culpabilidade, fundado na idéia de liberdade, e que se encontra num plano diverso da busca de fins preventivos, seja diluído além de seus limites por elementos utilitaristas”. Mas não existe perigo algum na hipótese de, em um primeiro momento, verificarmos a culpabilidade do autor, e só após perguntarmos se podemos fazer vista grossa a esta culpabilidade por causa de pontos de vista político-criminalmente relevantes a serem extraídos do StGB ou da GG. O fato de culpabilidade e prevenção se encontrarem em “planos” diversos não é uma circunstância capaz de problematizar a reunião dos dois conceitos na categoria da “responsabilidade”, mas, pelo contrário, um pressuposto para a recíproca limitação de que aqui se trata: a punição de comportamentos culpáveis é restringida por exigências preventivas, e a punição fundada em exigências preventivas é limitada pelo princípio da culpabilidade. Isto não representa “diluição” alguma, e sim exatamente a função até hoje desempenhada pelo princípio da culpabilidade.

Se não quiséssemos reconhecer “elementos utilitaristas” como pressuposto da punibilidade, voltaríamos a uma teoria retributiva pura, o que também Lackner⁴⁴ não deseja. Pois ele ressalta, com razão, que a pena só está legitimada “quando ela se mostrar, simultaneamente, um meio necessário para a obtenção da tarefa protetiva de prevenção que assiste ao Direito Penal”. É exatamente este conhecimento que fundamenta a categoria da responsabilidade em um sistema funcionalista do Direito Penal.

Política criminal, prevenção e fins da pena possuem, assim, um direito de argumentar também na dogmática jurídico-penal. São idéias reitoras que podem constituir uma ponte de ligação com a criminologia.

(44) Lackner, *StGB...*, § 46, Rn. 2.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.2

LA EFICACIA DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO

JOSÉ I. CAFFERATA NORES

Resumo: La investigación penal, como actividad a cargo exclusivo del acusador, consiste en buscar pruebas del delito y de sus partícipes, incorporarlas al juicio y procurar demostrar su eficacia para acreditar la verdad de la acusación (argumentando para demostrar que esto es, precisamente, lo que prueban las pruebas). Ella será eficaz cuando, respetando el marco axiológico y normativo del Estado de Derecho, logre proporcionar a los jueces (sobre la base de las pruebas necesarias) la convicción firme, fundada y demostrable racionalmente exigida por la normativa supranacional sobre derechos humanos para condenar a los culpables de la comisión de delitos, *satisfaciendo así el derecho a la justicia que tienen las víctimas*.

I. El hecho de que un sistema de procuración y administración de justicia penal funcione en un Estado de Derecho no significa para nada que deba ser “blando”, ni mucho menos que favorezca la impunidad. Por el contrario, tiene que ser eficiente para lograr el castigo del delito en todos los casos en que así lo establezca la ley; pero especialmente en lo relacionado con los delitos muy violentos, la criminalidad organizada, el ilícito económico y la corrupción gubernamental y administrativa.

Lo que sí ocurre es que el Estado de Derecho fija marcos legales dentro de los que tales actividades deben moverse, precisa roles en que se deben distinguir y asignar responsabilidades y establece normas de garantía individual que se deben respetar en la búsqueda y el logro de la necesaria eficacia. Lograr la simultánea vigencia de esta eficacia y de aquellas garantías es el desafío mayor al que se debe enfrentar el sistema de procuración y administración de justicia penal en una democracia. Y en esta tarea cumplirá un rol decisivo la *investigación*, porque a través de ella se deberá procurar la obtención de las pruebas indispensables para lograr la condena de una persona por la comisión de un delito, e imponerle la sanción correspondiente.

Así lo han entendido los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos con competencia en nuestra región (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos), que han señalado que el Estado tiene el deber jurídico de “*investigar seriamente con los medios a su alcance*” (...) “*las violaciones —delictivas a los derechos— que se hayan cometido* (...) por lo que, tratándose de delitos de acción pública (...) perseguibles de

oficio, el Estado tiene la obligación legal indelegable e irrenunciable de *investigarlos*, promoviendo e impulsando, las distintas etapas procesales", lo que constituye un "deber propio" y no "una simple cuestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima (...) o de la aportación privada de elementos probatorios".

Y han proporcionado la razón principal por la que el Estado debe actuar así: la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de "garantizar el derecho a la justicia de las víctimas", entendiendo la persecución penal, cuando alguno de los derechos de aquellos haya sido violado por un delito, como un corolario necesario de la garantía a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia de la violación de su derecho, se identifique "a los responsables" y se les imponga "las sanciones pertinentes". Sin duda esta visión proporciona mucha "tela para cortar", pero ello excede con creces los límites de este trabajo.

II. La imagen tradicional de la justicia, simbolizada en una balanza en la que los platillos están equilibrados, transmite a su vez la idea de que estos se van a ir moviendo hacia abajo o hacia arriba, según las pruebas que, a modo de pesas, en cada uno de ellos se carguen. En el proceso penal propio del Estado de Derecho existe un desequilibrio inicial a favor del acusado, pues como automática reacción frente a la existencia de una imputación penal, el orden jurídico presume la inocencia de aquél, presunción que se pone como si fuese una pesa arriba del platillo del acusado, desbalanceándolo totalmente a su favor. Esto determina que el acusador que quiera intentar destruirla, tenga la responsabilidad de demostrar que es falsa, cargando de pruebas su platillo (el de la acusación) hasta invertir completamente el sentido de la balanza, como única forma de evidenciar que el presumido inocente no lo es, porque en realidad es culpable. Como hoy expresan con toda claridad los tratados internacionales sobre derechos humanos, todo acusado es presumido inocente "hasta que no se pruebe su culpabilidad", lo que obliga al acusador (que generalmente es el órgano estatal: Ministerio Público Fiscal) a procurar pruebas de cargo para ponerlas sobre su platillo, buscando que éstas vayan desbalanceando la balanza a favor de la culpabilidad, hasta lograr que el *peso de la prueba* invierta totalmente la posición inicial de esa balanza, inicialmente favorable a la inocencia, evidenciando el triunfo de la acusación. ¿Y si las pruebas de la acusación no logran invertir totalmente la posición inicial de la balanza? No podrá entonces dictarse una sentencia de condena, pues el peso de la presunción de inocencia, al no haber sido vencido por el peso de la prueba de cargo, prevalecerá sobre ella: habrá que *absolver*.

Queda así claro, entonces, que no son los jueces los que condenan, sino que son las pruebas las que condenan; y que esto así ocurra es la garantía más notable del proceso penal en un Estado de Derecho, porque ni las impresiones de los jueces, ni las intenciones de los jueces, ni los prejuicios de los jueces, ni la condena de los medios de prensa, ni las expectativas públicas, ni siquiera la íntima convicción de los jueces sobre la culpa del acusado pueden condenarlo; solo

pueden hacerlo las pruebas de las que se pueda inducir razonablemente la existencia del delito y la participación del acusado.

III. Pues bien, ya hemos señalado que como hay una presunción constitucional de que el imputado es inocente, lo que hay que probar para poder condenar es que ella es falsa, hay que probar lo *contrario*; es decir, hay que probar que la verdad es que el sujeto ha cometido el delito del que se lo acusa. Esta verdad, la que busca la investigación penal, es del tipo de la llamada verdad "histórica". Se trata de reconstruir conceptualmente hoy, algo que ocurrió presuntamente antes, un acontecimiento del pasado.

Este emprendimiento tiene una dificultad y cierta facilidad. La dificultad es que la verdad histórica no se puede probar por experimentación. Si yo fuera físico y luego de explicar en que consiste, tratara de demostrar a otros la verdad sobre la ley de la gravedad, lo haría, diciendo: miren, si yo suelto este lápiz, por efecto de la gravedad caerá al suelo. Y al soltarlo y mostrar como cae, habré *experimentado* la fuerza de la gravedad, habré demostrado la verdad por experimentación. La verdad histórica, en cambio, no es demostrable por experimentación. Pero existen facilidades para procurarla. Ellas consisten en que los acontecimientos al ocurrir dejan rastros, dejan huellas en las cosas y en las personas (en su físico o en su psiquis), como por ejemplo una mancha de sangre, una impresión digital, la percepción del testigo, la herida de la víctima; y es posible además realizar sobre esas huellas experimentaciones técnicas o científicas, o realizar a partir de ellas razonables inducciones. Mediante estas huellas, los resultados de aquellas experimentaciones (pericias), y las conclusiones derivadas de esas inducciones (indicios), es posible ir reconstruyendo, en los conceptos, un acontecimiento del pasado. En esto consiste la investigación penal, en buscar y *descubrir* las huellas o los rastros que en cosas y personas pudo dejar la comisión de un hecho determinado que se considera delictivo, para probar su acaecimiento a través de ellos, *demostrando* racionalmente su eficacia a tales fines.

IV. Aunque ya lo hemos dicho, es útil volver a preguntarse ¿qué vamos a tratar de investigar? Tal como lo muestra con toda elocuencia la posición inicial de los platillos de nuestra balanza, el Estado no va a tratar de investigar sobre si el acusado es inocente, no hace falta que lo haga, porque la normativa supranacional (CADH; DUDH; PIDCP) establece la inocencia, pues la presume. Lo que sí vamos a tratar de investigar en un proceso penal es si el acusado, en lugar de ser inocente, es culpable de haber cometido el delito del que se lo acusa. La verdad que procurará la investigación penal es la verdad sobre la culpa, la verdad sobre lo contrario a lo presumido por el orden constitucional. Si el acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario, lo que el Estado debe probar es "lo contrario": la verdad que se busca es la verdad sobre la culpabilidad del acusado en el delito que se le atribuye. Quizás podría decirse, para una mayor comprensión, que la investigación procurará, más que probar una verdad (la culpabilidad del acusado), probar una *falsedad*: la de la presunción de inocencia.

V. Esto nos lleva a una nueva pregunta: ¿quién del Estado debe investigar la verdad de la culpa? La lógica nos auxilia. Si el orden jurídico presume que el

acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario, quien tiene que buscar la prueba de "lo contrario" es el que afirma "lo contrario", o sea, el que acusa, es decir, el fiscal, ayudado por la policía y los demás organismos públicos que están especialmente predispuestos por las leyes para investigar y perseguir penalmente. Pero fíjense ustedes que esto no ocurre en la región latinoamericana, pues en casi todos los sistemas procesales de raíz europea-continental, los que buscan la prueba de "lo contrario" no son solo (ni siquiera principalmente) los que acusan, sino también los que juzgan, los jueces, no sólo los jueces de instrucción sino, lo que es mucho peor, también los del juicio, pues si el acusador no trae toda la prueba necesaria para sostener su acusación, la pueden traer ellos por su propia iniciativa, aún en contra de la voluntad de aquél.

Como la idea de que el acusador que afirma lo contrario a lo presumido por el Derecho debe ser quien trate de probarlo es una idea racional, y como resulta irracional que quien debe juzgar si el que afirmó lo contrario logró o no probarlo, sea a su vez responsable de producir por si o de colaborar con el acusador en la prueba de lo contrario, es decir, en la prueba de la culpabilidad, se ha debido buscar (o mejor, *rebuscar*) un argumento explicativo impactante de esta sinrazón: se trata del "interés estatal" en el castigo del delito, y tanto jueces como fiscales, por ser funcionarios públicos, deben defender, en conjunto, ese interés público. Esta es la idea preponderante en la región que provoca dos reflexiones críticas.

La primera se relaciona con el concepto mismo de "interés estatal o interés público". El Estado como tal no tiene ningún interés que no sea *nuestro*, porque sólo es una construcción artificial que todos los que vivimos en sociedad hemos imaginado para una mejor protección y fomento de nuestros derechos, para que facilite nuestro desarrollo personal y colectivo, y nos preserve de intromisiones arbitrarias en aquellos por parte de otros ciudadanos o de sus propios funcionarios. Como el Estado debe estar a nuestro servicio, su único interés debe ser el interés de todos y cada uno de nosotros; no puede tener un interés distinto. Y cuando el Estado invoca el interés en el castigo del delito, no puede hacerlo en *nombre propio*, porque si así lo hace estará en realidad invocando el interés del partido político que gobierna, o del sector social o económico que lo respalda, o de la burocracia que lo integra, y no el interés de *cada uno* de nosotros, o sea, el interés de *todos nosotros*, es decir, el interés general. Este interés de que exista un proceso penal equitativo e igualitario, en el que los fiscales sean los responsables de la prueba de la acusación y que los jueces sean imparciales, suele no ser compartido por los sectores dominantes, que ubicándose en lugares estratégicos del Estado, se apropian para su propio beneficio del argumento del interés general.

La segunda reflexión, derivada de la primera, es que si para resguardar el interés público en el castigo del delito permitimos que los jueces ayuden o, incluso, sustituyan a los fiscales en el sostenimiento probatorio de la acusación, estaremos admitiendo que los jueces sean cofiscales, lo que no es tolerable en un Estado de Derecho, cuyo sello distintivo en materia de administración de justicia es precisamente la imparcialidad de aquellos, condición que resulta francamente

incompatible con las de colaboración con el fiscal o con funciones investigativas o coacusadoras.

VI. Queda así expuesto que la eficacia en el castigo del delito tiene que ser, en un Estado de Derecho, responsabilidad exclusiva y excluyente del acusador, sobre todo si el acusador es público. Para lograr la prueba que permita demostrar la culpabilidad, están el Ministerio Público Fiscal y sus órganos auxiliares; son ellos los responsables de una persecución penal que sea eficaz. El principal responsable de que no haya impunidad en un Estado de Derecho, tiene que ser el Ministerio Público Fiscal. Los jueces están solamente para controlar que esa tarea de investigación se lleve a cabo sin vulnerar derechos individuales, y para evaluar si las pruebas que el fiscal procuró y trajo al juicio, y las argumentaciones que sobre ellas formuló, son idóneas para producir en su conciencia la convicción de culpabilidad necesaria para condenar al acusado. Recordando que este es un igual suyo, el juez deberá decirle: "Es cierto que yo soy tu garantía ante una condena arbitraria frente a quien te quiera hacer aplicar una pena si no has cometido un delito, que soy tu escudo protector frente a quien te quiera hacer condenar sin traer la prueba de tu culpabilidad, o pretenda probarla de cualquier forma. Pero en este caso el fiscal probó plena y legítimamente tu culpabilidad en el delito por el que te acusa. Así que, mira, no tengo 'más remedio' que condenarte, porque el fiscal ha probado que eres culpable". Esta es la función del juez, él no tiene que ser eficaz para el castigo del delito: el sólo debe dictar una sentencia *justa*, arreglada a la prueba o a la insuficiencia de ella, y que aplique correctamente (nunca analógicamente) la ley al caso.

Quizás podamos ahora precisar mejor este concepto diciendo que la eficacia en la represión de los delitos en un Estado de Derecho no debe procurarse genéricamente con el proceso, ni menos entenderse como responsabilidad propia de los tribunales de justicia. Lo que sí debe ser eficaz a esos fines, es la tarea de investigación puesta a cargo de Ministerio Público Fiscal, para lograr mediante las pruebas que aporte sobre la culpabilidad del acusado, que los jueces acojan favorablemente la acusación. Por cierto que la eficacia de esa actividad supone la existencia y colaboración de una organización estatal "activa y vigilante" capaz de desarrollar una "actividad agresiva e investigadora", y la provisión de los medios humanos y materiales necesarios a tal efecto. Es así que cada investigación que se promueve, se puede asemejar a la punta de iceberg, en cuya base hay (o debería haber) un soporte estatal de archivo de datos, provisión de información y capacidad investigativa, que debería ser ágil y predispuesto (vgr. policías, organismos de inteligencia etc.).

VII. Pero ya señalamos al comienzo que hay *límites* en la búsqueda de la eficacia. La investigación penal no puede realizarse vulnerando la dignidad personal y demás derechos del acusado, ni tampoco pretender basarse en la idea, explícita o implícita, de que el acusado debe colaborar con la actividad investigativa. En un Estado de Derecho el acusado no tiene obligación ni de declarar, ni de hacer un cuerpo de escritura, ni de participar en una reconstrucción del hecho, ni de carearse, ni de grabar su voz, y si no lo hace, cualquiera de esas

negativas no puede ser jamás utilizada como una presunción legal o subrepticia en su contra. El acusado tiene, en cambio, el derecho al "comportamiento procesal pasivo", y esta actitud de pasividad (no declarar, no hacer, no participar etc.) no puede tomarse como una prueba en su contra, ya que si así ocurriera, en lugar de ser un modo de defenderse, el comportamiento procesal pasivo sería un modo de inculparse. Tampoco puede una investigación penal intentar lograr eficacia, vulnerando otros principios o valores que la normativa supranacional (CADH; DUDH; PIDCP) pone por encima del castigo del delito, como ocurre cuando se establece que no se puede obligar al hijo a que declare contra el padre, aun cuando esto signifique que un crimen cometido por el padre no se descubra etc.

Estas reflexiones son también útiles para descalificar el desarrollo de una investigación penal con sentido bélico, que "guerre" contra presuntos enemigos de la sociedad a los que se debe vencer a cualquier precio, pues la experiencia en nuestra región ha demostrado que la guerra se empieza justificando por ser declarada en contra de los políticos corruptos, contra los narcotraficantes, contra los mafiosos etc., pero luego se orientará paulatinamente contra "otras lacras sociales" como los jóvenes, o los de color, o los de esta raza, o los pobres, (casi siempre los pobres) etc., que siempre son los *más débiles*, y por ende, fácilmente convertibles en chivos expiatorios de esa "contienda"; si no, fíjense que en todo el mundo las cárceles están llenas de débiles y pobres y vacías de ricos y poderosos. Esta concepción bélica de la investigación penal trae siempre aparejada la tentación de utilizar cualquier arma para ganar sin reparar en su legalidad; lo que debería ser una "justa" se transforma en un combate total; y para vencer se admiten agentes encubiertos que violan la ley, intromisiones arbitrarias en la privacidad de las personas, presuntos "arrepentidos" que venden información y se cobran en impunidad, "informantes" por dinero etc. Hay que tener mucho cuidado con esto, pues si bien algunos medios extraordinarios de prueba pueden ser "tolerables" para la investigación de graves u organizados crímenes, siempre deberán ser respetuosos del límite infranqueable constituido por los principios del Estado de Derecho, que nos permiten convivir civilizadamente. Como corolario necesario de lo expuesto hay que señalar que cualquier dato que sea fruto de estas actitudes contrarias al derecho no puede ser utilizado como prueba. Porque si autorizamos utilizar como prueba el fruto de la violación legal estaremos legitimando, incluso hasta estimulando, esa violación.

VIII. Luego de este esbozo conceptual, parece útil formular algunas reflexiones que aporten algo a la discusión sobre la eficacia. Pero es necesario, antes de avanzar con propuestas concretas, formular una de carácter general. No hay Ministerio Público Fiscal en ningún lugar del mundo que tenga capacidad para cumplir, ni siquiera en una mínima parte, con lo que mandan nuestras leyes y que se conoce como principio de *legalidad procesal*, que consiste en que ahí donde "parece" o "se dice" que hubo un delito hay que investigar, inevitablemente siempre investigar, y con el mismo esfuerzo, se trate de un delito leve o uno gravísimo, sin que exista disposición alguna que mande investigar con más entusiasmo o más esfuerzo grandes atentados explosivos que simples hurtos; o que diga que primero

hay que investigar la corrupción del funcionario público y después una riña entre vecinos. En virtud del principio de legalidad, el fiscal debe investigar "todo" con la misma energía, y esto significa que los recursos (siempre escasos) que hay para investigar, terminen desaprovechándose, o peor aún, que se produzcan fenómenos de "priorización inversa", ya que por ser más fácil o más cómodo, se investiga más a los delitos leves y sencillos que a los graves y complejos, y ahí concentramos y desperdiciamos todos los recursos. Es así que entonces casi no habrá gallina que no esté garantizada frente al hurto, pues siempre se castigará al autor. Pero habrá que preguntarse cuántos otros bienes no tienen esa garantía, o cuánta parte de los impuestos no tienen esa suerte frente a la corrupción funcional; o cuánta salud de nuestros jóvenes no tienen garantía frente a la droga etc.

Es necesario, entonces, como marco general, para lograr que la investigación penal sea eficaz, que se legisle sobre la posibilidad de que el Ministerio Fiscal tenga la atribución de desechar algunos casos y de realizar una priorización que permita destinar los mayores recursos humanos y materiales de que se dispongan a la investigación de los casos de mayor gravedad y trascendencia. Y si bien es cierto que lo ideal sería el dictado de una ley que así lo disponga expresamente, mientras ello no se logre siempre se podrá llevar adelante una política racional de *priorización* en tal sentido, en el marco de las legislaciones vigentes en la región. Queda así claro que, desde nuestro punto de vista, una investigación penal eficaz requiere la posibilidad de formular e instrumentar una *política* de persecución penal que fije racionalmente cuáles son sus objetivos y sus prioridades, y que primero investigue lo más grave, y al último lo más leve.

IX. Frente a la imposibilidad de investigar presionando al imputado o vulnerando su dignidad, métodos expresamente proscriptos por el Estado de Derecho, aquellos países en donde este método investigativo era la regla general de actuación se encuentran en la necesidad imprescindible de encontrar otros medios que, resguardando las garantías del sospechoso, les permitan investigar con eficacia.

Desde ya que no alcanza como método sustitutivo la imagen tradicional del policía solitario y experto que por intuición y perseverancia descubre la verdad sobre el delito y sus partícipes. Creer que esta es la única vía constituye la mejor forma de que no haya eficacia en la investigación; y de paso vale la pena cuestionarse ¿por qué cada vez que pensamos en investigadores los imaginamos con gorra, uniforme y pistola?, ¿por qué para investigar hay que pensar siempre en la policía, administrativa o judicial, pero siempre una fuerza armada? ¿Será que inconscientemente tendemos a asociar la investigación penal con la violencia? Esto es lo primero que hay que cambiar, y no sólo respecto a los cuerpos técnicos o periciales, sino en cualquier otra rama de la investigación, pues puede haber excelentes investigadores "de calle" o "de oficina" que no sean policías, que pertenezcan al Ministerio Público Fiscal o a otras reparticiones estatales, o incluso a la sociedad civil organizada (por cierto que bajo estrictas condiciones).

Y sobre todo, al desafío de la criminalidad organizada no resiste la idea de uno o dos investigadores solitarios. Tenemos que pensar, en cambio, en integran-

tes de equipos interdisciplinarios, formados incluso en nivel universitario. Aquel investigador *solitario* que trabajaba solo con la "intuición", en la época de la globalización de las comunicaciones, en la época de la Internet, resulta absolutamente insuficiente frente a organizaciones delictivas como las actuales. Tiene que haber una tecnificación de la investigación, un aprovechamiento constante de los avances científicos.

Si investigación es información, es búsqueda de datos, procuremos un sistema de investigación donde haya algún investigador solitario y perseverante, pero fundamentalmente en que haya equipos; donde haya policías pero también civiles, donde haya intuitivos pero también medios técnicos, donde haya esfuerzo individual pero también exista coordinación de esfuerzos. Frente a la realidad de que las más dañinas expresiones delictivas de estos días se caracterizan por su accionar organizado y por el manejo de importantes aparatos económicos (como la consiguiente potencialidad corruptora respecto de quienes deben hoy controlar o reprimir ese proceder ilícito desde el Estado), hay que complementar, o sustituir según el caso, la investigación policial o judicial solitaria basada en la intuición que da la experiencia y en la perseverancia, por equipos integrados por civiles con capacitación personal, especialización diversificada y soportes tecnológicos adecuados, que tengan una eficiente organización interna y se relacionen coordinadamente con otros agentes y organismos públicos (nacionales e internacionales) o privados idóneos para suministrar información útil para la investigación criminal o colaborar con ella, y con expresiones de la sociedad civil con aptitudes o vocaciones especiales para colaborar en algunas investigaciones, o que promuevan el estudio o la participación en la problemática del delito.

Si la acumulación y el procesamiento de datos y la producción de información se encuentran revolucionados por la tecnología, tanto por la sutileza con que se recogen aquellos como por los métodos para correlacionarlos y valorarlos, la investigación penal no puede prescindir de estas herramientas si pretende en realidad ser eficaz.

X. Pero no es posible olvidar que los resultados de la actividad investigativa sólo serán eficaces si, volcados a un proceso penal acorde con el Estado de Derecho y *sometidos* a sus reglas (regidas en la normativa supranacional sobre derechos humanos -CADH; DUDH; PIDCP-), logran que el culpable sea condenado por el delito que cometió, con el debido resguardo de su derecho de defensa. Aquellas reglas reconocen al acusador, al imputado y a su defensor en condiciones de igualdad, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente: la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario.

De tal modo, entonces, la eficacia de la investigación quedará patentizada en el momento en que los jueces admitan el fundamento de la acusación al sentenciar imparcialmente y en forma motivada teniéndola por verdadera, porque pudieron apoyársela con certeza en pruebas de cargo aportadas por el acusador gracias a su tarea de investigación, y que no fueron enervadas por alguna de descargo que pueda haber sido ofrecida por el imputado y su defensor y recibidas en las mismas condiciones, luego de prestar igual atención a las argumentaciones y enfoques diversos y enfrentados que todos ellos realicen sobre su fuerza conviccional. Este será su “control de calidad”.

XI. La investigación penal, como actividad a cargo exclusivo del acusador, consiste en buscar pruebas del delito y de sus partícipes, incorporarlas al juicio y procurar demostrar su eficacia para acreditar la verdad de la acusación (argumentando para demostrar que esto es, precisamente, lo que prueban las pruebas). Ella será eficaz cuando, respetando el marco axiológico y normativo del Estado de Derecho, logre proporcionar a los jueces (sobre la base de las pruebas necesarias) la convicción firme, fundada y demostrable racionalmente exigida por la normativa supranacional sobre derechos humanos para condenar a los culpables de la comisión de delitos, *satisfaciendo así el derecho a la justicia que tienen las víctimas*.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.1

A CRISE DO CONCEITO TRADICIONAL DE CULPABILIDADE, SEGUNDO O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

SUMÁRIO: 1. A crise do conceito tradicional de culpabilidade – 2. Aristóteles e a imputabilidade moral pela conduta de vida – 3. A tentativa de solução da crise – 4. A persistência da crise – 5. Existe uma solução? – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho analisa a crise do conceito de culpabilidade. Inicialmente, serão expostos o conceito tradicional de culpabilidade e os problemas que decorrem de sua aplicação. Posteriormente, será feita uma analogia à imputabilidade moral de Aristóteles, para mostrar-se que o conceito tradicional de culpabilidade acaba por aproximar-se de uma imputação pela conduta de vida. Em seguida, serão vistas tentativas recentes de solução da referida crise, dando-se ênfase à validação democrática das leis proposta pelo filósofo alemão contemporâneo Klaus Günther, procurando mostrar sua ineficiência em resolvê-la. Por fim, tratar-se-á da dificuldade de “livrar” o sistema penal de resquícios morais, concluindo-se pela inexistência da crise do conceito de culpabilidade, ao menos nos moldes em que tem sido propagada.

Palavras-chave: Culpabilidade – Teoria do crime – Crise do conceito de culpabilidade – Imputação moral – Imputação penal.

1. A crise do conceito tradicional de culpabilidade

O crime é conceituado formalmente pela ciência do Direito Penal como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, só se atribui responsabilidade penal a alguém que tenha cometido uma ação ou omissão com as características acima mencionadas. Vejamos, de forma sintética, cada um dos elementos do conceito de crime, para a exata delimitação do problema a ser tratado.

Um tipo penal é a descrição de uma conduta caracterizada como crime, como, por exemplo, “matar alguém” (conduta correspondente ao tipo penal do homicídio – art. 121, CP brasileiro). A tipicidade consiste na correspondência existente entre a conduta humana e o tipo penal, ou seja, no caso do homicídio, entre a ação de matar alguém e o tipo penal acima mencionado. Portanto, haven-

do identidade entre a ação humana e a conduta prevista na lei penal, diz-se que a ação é típica.¹

A antijuridicidade, também chamada de ilicitude, é algo que se afirma da conduta típica e que implica contradição entre esta conduta e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. Assim, em regra, a conduta típica, ou seja, a conduta descrita na lei como crime, é também antijurídica. A antijuridicidade dá-se tanto no fazer o que é proibido quanto em não fazer o que é determinado pela lei. No entanto, em alguns casos a conduta é típica, mas não antijurídica, ou seja, é típica, mas lícita. E isto se dá exclusivamente nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Portanto, a verificação da antijuridicidade dá-se por exclusão. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses excludentes mencionadas, a ação é antijurídica ou ilícita.

O último requisito justificador da sanção penal é a culpabilidade, que é composta de três elementos: a imputabilidade, a consciência real ou possível da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso. A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento.² Não são imputáveis, segundo nossa legislação penal, os menores de dezoito anos, os doentes mentais e as pessoas com desenvolvimento incompleto ou retardado que não entendem o caráter ilícito de seu comportamento e nem podem determinar-se de acordo com esse entendimento. Aos imputáveis, portanto, mesmo que pratiquem uma ação típica e antijurídica, não se aplica pena.

A consciência real ou possível da ilicitude é a consciência que o sujeito deve ter, ao menos potencialmente, de que age de modo contrário ao Direito. Essa capacidade de consciência não é apenas genérica, mas aplicada ao caso concreto, isto é, se o agente sabia ou podia saber na ocasião que seu comportamento era contrário ao Direito. Portanto, para a atribuição de culpa basta o conhecimento potencial da ilicitude.

A exigibilidade de comportamento diverso, conforme ao Direito, é o último elemento da culpabilidade. Com ele se impede a exigência de comportamentos heróicos, pois não se pode atribuir culpa à pessoa que cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diferente, conforme ao Direito.³

Portanto, para atribuir-se culpa a alguém que praticou uma ação típica e antijurídica deve-se verificar se essa pessoa era imputável, se tinha capacidade de

(1) A doutrina mais atualizada já não mais entende que a tipicidade é mero indício da antijuridicidade, através da singela comparação entre o tipo e o fato, eis que deve haver também, no juízo de tipicidade, consideração sobre a lesividade do ato. Sobre o assunto, ver: Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

(2) H. C. Fragoso. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 197.

(3) H. C. Fragoso, op. cit., p. 210.

conhecer a ilicitude de seu comportamento e se lhe era exigível outro comportamento, conforme ao Direito. Essa culpabilidade é culpabilidade da vontade, entendida como vontade livre. No entanto, esse conceito está atualmente em crise em virtude da impossibilidade, ou ao menos da difícil comprovação empírica da possibilidade, de ter o sujeito, em determinada situação, agido ou não de outro modo.⁴ Não se pode dizer com segurança se o autor de um crime tinha “a possibilidade concreta de assumir emocionalmente o fim de sua conduta considerado como ‘correto’ por sua razão, ou seja, se sua razão podia desencadear os impulsos emocionais do sentimento de valor e dever, aptos a dirigir a vontade nessa direção”.⁵ Além disso, deve “também ficar sem resposta a pergunta sobre se o autor tinha a possibilidade de contribuir através de sua vontade para a produção da energia necessária a superar as inibições e resistências derivadas das circunstâncias externas e (ou) dos impulsos contrapostos da esfera vital ou do sentimento”.⁶ Francisco Muñoz Conde assim comenta o tema:

“Não faz muito tempo, dizia Engisch que, ainda que o homem possuísse essa capacidade de atuar de modo diverso daquele como realmente atuou, seria impossível demonstrar, no caso concreto, se usou ou não desta capacidade, porque, ainda que se repetisse exatamente a situação em que atuou, haveria sempre outros dados, novas circunstâncias etc., que a fariam distinta. A capacidade de poder agir de modo diverso daquele como se atuou é, por conseguinte, indemonstrável.”⁷

Não se pode querer transpor essa dificuldade recorrendo-se à figura do homem médio, com capacidade de autodeterminação média, ou ao que dele se deveria esperar, criando-se uma “liberdade para o Direito Penal”, pois essa capacidade média é tão indemonstrável quanto a capacidade de autodeterminação de qualquer indivíduo. Não se pode querer padronizar, estabelecer índices de probabilidade de algo indemonstrável.

Portanto, dois caminhos podem ser seguidos: ou se aceita a capacidade do homem para atuar livremente, ou se nega essa capacidade e conseqüentemente o conceito tradicional de culpabilidade. Essa última hipótese é certamente impraticável, pois se assim fosse, seria necessário admitir que o homem é um ser determinado, movido somente por causas externas ou que não decorrem de sua vontade. No entanto, esse determinismo é insustentável, simplesmente porque não se pode querer atribuir culpa a alguém senão por atos causados em virtude de ação decorrente das intenções, paixões, princípios ou ainda pela falta de cuidado exigível dessa pessoa. Assim, parece-nos que, diante da impossibilidade de negar-se ao homem a capacidade de atuar livremente, devemos aceitar o conceito de culpa-

(4) José Cerezo Mir. “O conceito material de culpabilidade”, *Revista de Ciências Jurídicas* 2/210, s.d., 1998.

(5) Idem, p. 220, citando Henkel.

(6) Idem, p. 220, citando Henkel.

(7) Francisco Muñoz Conde. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 127.

bilidade acima referido, procurando lidar com os problemas dele decorrentes. E o principal problema daí decorrente é o de que o autor do fato, sempre que alegasse não ter podido agir do outro modo, e, não havendo prova que o contrário (o que, como visto, realmente não ocorrerá, em vista da referida impossibilidade), seria absolvido, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, universalmente aceito.

É importante notar que a impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo no caso concreto não nega o conceito de homem como ser responsável, não havendo, portanto, incompatibilidade entre a capacidade do homem de atuar livremente (o homem tem vontade) e a impossibilidade de comprovação empírica da possibilidade de agir de outro modo (qual é o conteúdo dessa vontade). Entre várias ações possíveis certamente pode-se escolher, mas não se sabe quais as razões últimas que impulsionam a escolha. Assim, não se nega que o ser humano possa autodeterminar-se, ou seja, que tenha vontade, conforme vem sendo demonstrado pela antropologia e psicologia. O que não se pode é comprovar empiricamente que esse ser humano, em determinada ocasião, pudesse autodeterminar-se para agir de outro modo, no caso, conforme a lei, ou seja, não se pode determinar qual era o conteúdo da vontade. A psicologia está “impossibilitada de responder à questão do livre-arbítrio quer no seu *se*, quer no seu *quando*: a competência para tal só pode pertencer ao pensamento fundamental do existir humano (à antropologia filosófica e à ontologia)...”⁸ Eugenio R. Zaffaroni assim argumenta, de forma ilustrativa, as relações entre Direito, psicologia e filosofia:

“En líneas generales, se critica a esta tesis desde varios ángulos. En principio, se afirma que la libre determinación no es verificable empíricamente, para lo cual se apela al criterio de verdad de las ciencias naturales, lo que otros niegan, tratando de hacer de la libertad una cuestión moral o metafísica. La mezcla de planos es harto elocuente, porque es obvio que la psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca de la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico.”⁹

Do que foi exposto até o momento já se pode ver que o juízo sobre a culpabilidade fundamenta-se na idéia de liberdade do homem. A dificuldade de delimitar o grau de liberdade com que age alguém em determinada circunstância, ou seja, de graduar a liberdade como conceito filosófico que é, faz com que a responsabilidade penal distancie-se de uma base objetiva e se baseie em juízos hipotéticos: primeiro, a imputabilidade, que pressupõe um juízo sobre a capacidade abs-

⁽⁸⁾ Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999. p. 234.

⁽⁹⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. “La culpabilidad en el siglo XXI”, *RBCCrim* 28/60, São Paulo : RT, out.-dez., 1999.

trata de entender e autodeterminar-se. Segundo, a consciência da ilicitude, que também é um juízo de possibilidade, decorrente da idéia de que ninguém pode ignorar a lei para eximir-se de responsabilidade. Finalmente, a possibilidade de agir de outro modo, último elemento da culpabilidade, fruto de um juízo hipotético ainda mais incerto.¹⁰

Pelo que foi visto, pode-se dizer que a liberdade, a autodeterminação do indivíduo, apesar da impossibilidade de sua demonstração em cada caso, é tida como um dado certo e verificável, que se orienta pelo entendimento dos demais membros de uma sociedade, o que, como mencionado, é um equívoco. A culpabilidade aproxima-se, portanto, segundo esse conceito tradicional, de uma autodeterminação moral. O culpado, tratado como se fosse livre, agiria contra seus próprios bons motivos, envolvendo-se em uma contradição consigo mesmo.¹¹ O problema aqui é que o indivíduo passa a ser visto como pessoa moral, na medida em que a ele se exigia outra ação, que não se sabe ser dele exigível ou não, e não como pessoa de direito, considerada somente pelos atos que praticou, confundindo-se, assim, a distinção básica entre moral e Direito, desejável em um Estado de Direito democrático,¹² ao menos na concepção liberal, onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹³

2. Aristóteles e a imputabilidade moral pela conduta de vida

O conceito tradicional visto acima, impregnado de conteúdo moral, dada a pressuposição equivocada do livre-arbítrio, acaba por responsabilizar o indivíduo por seu caráter, por sua personalidade, ou seja, pela sua conduta de vida, *em vez de responsabilizá-lo por seu ato*, na medida em que se utiliza somente de juízos hipotéticos, baseados em uma razoabilidade média ou mesmo individual do julgador, porque pressupõe que o autor poderia adequar sua vontade contrária ao Direito de forma correta, “e isto não em sentido abstrato de que *algum homem* em lugar do autor, mas em sentido concreto de que *este homem, nesta situação*, tenha podido adotar sua resolução de vontade de acordo com a norma”.¹⁴ Essa concepção, não exatamente como fundamentadora de imputabilidade penal, mas de imputabilidade moral, isto é, como teoria ética, tem como grande expoente Aristóteles. Passaremos agora a tratar mais detidamente das idéias de Aristóteles,

(10) Juarez Tavares. “Culpabilidade: a incongruência dos métodos”, *RBCCrim* 24/148, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.

(11) Klaus Gunther. “A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro”, *RBCCrim* 24/79, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.

(12) Idem.

(13) CF de 1988, art. 5.º, II.

(14) Welzel, citado por Cezar R. Bitencourt. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p 277.

particularmente em sua obra *Ética a Nicômaco*,¹⁵ para entendermos sua justificação da imputabilidade *moral* pela conduta de vida, a fim de situarmos melhor a imputabilidade *penal* pela conduta de vida, que lhe é correlata.

Os capítulos 1 a 5 da *Ética a Nicômaco* tratam da ação voluntária e da escolha, para assim estabelecer quais as condições necessárias para atribuir-se responsabilidade a alguém por suas ações ou paixões. Às voluntárias seriam dispensados louvor ou censura e às involuntárias perdão ou piedade (EN 1109 b 30). Para tanto, Aristóteles procura definir quais ações são involuntárias, dizendo que estas seriam as praticadas por compulsão ou coação, ou por ignorância (EN 1109 b 35). A ação por coação é a que tem seu motor (causa) fora do agente, que nada contribui para sua realização (EN 1110 a). No que diz respeito à ignorância, Aristóteles ressalta que é importante deixar claro que ela deve decorrer das circunstâncias do ato e dos objetos a ele relacionados, isto é, do particular, e não do universal (lei moral) (EN 1110 b 30). No caso de Édipo e Jocasta, por exemplo, a ignorância de Édipo era sobre a condição de mãe de Jocasta (do particular) e não sobre a reprovação do incesto (do universal – lei moral). Assim, sua ação é involuntária e, portanto, digna de perdão.

No capítulo 2, Aristóteles passa a distinguir a escolha do desejo, dizendo que a primeira só visa a coisas possíveis, enquanto o segundo pode visar não só coisas impossíveis como também coisas que não dependem de nós, como a imortalidade ou a vitória de algum atleta em uma competição (EN 1111 b 20). Afirma também que o desejo diz respeito ao fim, enquanto que a escolha diz respeito aos meios (EN 1111 b 25). Aristóteles inicia o capítulo 3 dizendo que se delibera somente sobre o que está ao nosso alcance, ou seja, quanto aos meios, enquanto os fins são pré-estabelecidos (EN 1112 a 30). Assim, a escolha é um desejo deliberado de coisas que estão ao nosso alcance, pois se decide por deliberação e posteriormente deseja-se de acordo com o que foi deliberado (EN 1113 a 10), e por ser a ação virtuosa não só voluntária como também de acordo com a escolha, vê-se que tanto a virtude como o vício estão ao nosso alcance (EN 1113 b 5).

Os capítulos 1 a 4 do Livro 2 mostram que a virtude é adquirida pela educação e pelo hábito, e, sendo assim, o homem injusto ou intemperante jamais poderá deixar de sê-lo, pois quando se pratica coisas injustas ou intemperantes, sem ser ignorante, tem-se que a injustiça ou intemperança é voluntária, não comportando conversão, ou seja, para estes homens não é possível ser diferentes. Pierre Aubenque, diferentemente, diz que: “Nous sommes, non ce que nous choisissons d’être une fois pour toutes, mais ce que nous choisissons de faire à chaque instant. (...) Mais ni le vertueux n’est à l’abri de défaillances, ni le vicieux n’est définitivement incapable de conversion”.¹⁶ No entanto, não parece ser esta a me-

(15) A referida obra será mencionada doravante pela sigla EN, acompanhada, se necessário, do número do capítulo ou da numeração padrão.

(16) Idem, p. 130.

lhor posição sobre o tema, pois Aristóteles é claro ao dizer que *o vicioso não se converte*. David Ross, talvez o mais respeitado comentador de Aristóteles, diz que: “Uma vez o caráter estabelecido, não pode ser alterado segundo a vontade”.¹⁷ E sobretudo as passagens da própria *Ética* a Nicômaco atestam a inconvertibilidade:

“Mas quando, sem ser ignorante, um homem faz as coisas que o tornarão injusto, ele será injusto voluntariamente. Daí não se segue, porém, que, se assim o desejar, deixará de ser injusto e se tornará justo. Porque tampouco o que está enfermo se cura nessas condições.” (EN 1114 a 15) “O mesmo sucede com o injusto e com o intemperante: a princípio dependia deles não se tornarem homens dessa espécie, de modo que é por sua própria vontade que são injustos e intemperantes; e agora que se tornaram tais, não lhes é possível ser diferentes” (EN 1114 a 20).

Para Aristóteles, o vício é um caminho sem volta, pois os atos com essa característica são praticados por pessoas que não têm caráter virtuoso e, sendo a virtude adquirida pela educação, pelos hábitos, em fase determinada da vida dos indivíduos, os viciosos não mais podem ser “educados”, ou seja, não terão mais seu caráter modificado para melhor. Assim, os homens viciosos não se tornarão verdadeiramente virtuosos, embora possam praticar atos de tal natureza.

É possível afirmar que Aristóteles não tratou detidamente do livre-arbítrio dos homens. Vejamos. Importante aspecto de sua ética é o da reprovabilidade tanto das ações do incontinente quanto do continente. O incontinente é o que age incorretamente, porém, pode-se dizer, tem boas intenções ou desejos, o que Aristóteles chama de apetite. Já o continente age corretamente, porém não tem boas intenções, isto é, age sem o apetite. Tratemos, a título ilustrativo, deste último. Como visto, a escolha para Aristóteles envolve o desejo (apetite) e a razão. Por isso, é definida por desejo deliberado, e também por isso a ação do continente é reprovável, pois lhe falta um dos elementos intrínsecos, isto é, o apetite. Vale aqui dizer que para o Direito, a ação do continente aristotélico é legal, não sendo passível de responsabilização penal. Ela é passível apenas de repreensão moral, ao menos segundo a concepção aristotélica. Não se aplica sanção penal às intenções isoladas do agente, mas somente à *ação* lesiva ao bem jurídico tutelado, que pode ou não ser acompanhada dessa intenção má.¹⁸ Por outro lado, as ações do incontinente são relevantes ao Direito, pois, embora tenha “boas intenções”, não age de acordo com elas, sendo sua conduta reprovável penalmente se contrária à lei. Como visto, para Aristóteles, dois elementos são necessários para a ação boa, um de ordem racional e um de ordem passional. O primeiro depende de nós, mas

(17) David Ross. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987. p. 207.

(18) A ação criminosa é acompanhada da intenção má a que se refere Aristóteles nos casos de dolo do agente. De outro modo, nos crimes culposos, a intenção má inexistente, sendo o elemento subjetivo do crime justificado somente pela falta de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia).

o segundo não. Então como pode o indivíduo ser responsabilizado por um ato que envolve como condição necessária e indispensável algo que não depende dele? Ele mesmo responde:

“A isso respondemos que, se cada homem é de certo modo responsável pela sua disposição de ânimo, será também de certo modo responsável pela aparência; do contrário, ninguém seria responsável pelos seus maus atos, mas todos os praticariam pela ignorância do fim, julgando que com ele lograriam o melhor.” (EN 1114 b)

Aristóteles diz que são igualmente humanos a razão e o desejo ou intenção (apetite) (EN 1111 b), podendo-se dizer que sua posição é pela existência de uma livre determinação dos homens. No entanto, mesmo assim, o resultado dessa análise continua sendo inconclusivo, por não ter sido tratado com maior profundidade. Essa é a opinião de David Ross: “Em termos gerais, devemos dizer que partilhava plenamente da crença, por parte do homem, no livre-arbítrio, mas que não examinou este problema de forma muito cuidadosa, não se tendo exprimido com uma perfeita consistência”.¹⁹

Do que foi exposto acima, o mais importante para este trabalho é notar que, para Aristóteles, o homem sem virtude é incapaz de conversão, isto é, de tornar-se virtuoso. Portanto, seu caráter, formado basicamente por sua educação e hábitos, é a medida de sua imputação. Trazendo-se tais elementos para o campo da culpabilidade penal, objeto da discussão do presente trabalho, segundo o conceito tradicional já visto, vê-se que, devido à impossibilidade de demonstrar-se empiricamente a possibilidade de agir-se de outro modo, conforme a lei, e, conseqüentemente, tomando-se a autodeterminação do homem como um dado certo, a culpabilidade aproxima-se de uma imputabilidade pela conduta de vida, e não de uma imputabilidade pelo ato praticado. Portanto, para o Direito Penal atual, assim como para Aristóteles, “o homem que se afasta da virtude, vai caindo numa vertente de vício que em determinado momento já não lhe deixa qualquer liberdade para ser virtuoso, porque, com seus atos anteriores, procedeu como aquele que joga uma pedra e depois não é mais capaz de detê-la”.²⁰ Por ser a culpabilidade um “conceito eminentemente graduável”,²¹ um sujeito de maus hábitos, violento e desarrazoado será mais culpável do que um sujeito calmo e pacífico que tenha cometido um crime da mesma espécie. A reprovabilidade do primeiro dá-se porque sua atitude está de acordo com sua personalidade, enquanto que no segundo considera-se o ato criminoso como um evento isolado de seu caráter, um lapso em sua conduta moral. Daí a relação estreita entre o conceito tradicional de culpabilidade e a teoria ética de Aristóteles.

(19) David Ross, op. cit., p. 207-208.

(20) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997. p. 611.

(21) Idem, p. 608.

3. A tentativa de solução da crise

A atribuição de culpa a alguém pela prática de um crime, segundo o que foi visto acima, pressupõe uma exigência moral extremamente forte e indesejável em um Estado democrático de Direito, ao menos na concepção liberal, onde o moral e o legal devem ser esferas distintas. Assim, a imputabilidade penal pela conduta de vida, e não somente pelo ato praticado, nos moldes da teoria ética de Aristóteles, é útil como teoria filosófica, na medida em que esclarece a imputação moral, mas não como justificativa da imposição de pena, que exige delimitação mais aperfeiçoada, em vista do princípio da estrita legalidade, a ser seguido pelos sistemas jurídicos.

Alguns filósofos do Direito vêm defendendo a solução desse problema através de uma maior aproximação entre o cidadão e a norma, seja propondo a aceitação efetiva das normas, seja através de uma legitimação democrática dessas normas, com a possibilidade real de participação do cidadão no processo de confecção das leis (processo legislativo). São essas teorias que, sinteticamente, pasaremos a descrever.

Uma primeira abordagem do tema foi dada por Francisco Muñoz Conde, que, admitindo a mencionada impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo, rejeita o conceito tradicional de culpabilidade, afirmando que o importante não é a possibilidade de o sujeito agir de outra forma, mas sim de abster-se de praticar a conduta proibida. Com isso, seu conceito de culpabilidade pressupõe uma capacidade de motivação pela norma, que deve fazer com que o indivíduo abstenha-se de agir contra a lei. No entanto, Conde argumenta que essa capacidade pressupõe que o indivíduo concorde com a norma,²² e esse é certamente o principal problema, aliás de difícil solução, de sua tese. José Cerezo Mir assim comenta a tese ora em exposição: "A capacidade de motivação pela norma requer a participação do indivíduo nos bens jurídicos objetos de proteção. Isso significa que o autor por convicção não age culpavelmente se infringe a norma com convicção, por considerá-la carente de obrigatoriedade para ele, dadas suas crenças religiosas, morais ou políticas, faltarão não apenas a culpabilidade moral, mas também culpabilidade jurídica".²³

O personagem Rhodia Romanovich Raskolnikov, central na obra *Crime e castigo*, de Dostoiévski, é um exemplo que ilustra com bastante clareza a concepção de culpabilidade acima referida: julgando estar fazendo uma contribuição à humanidade, mata a velha agiota que emprestava dinheiro aos que dele necessitavam, cobrando juros excessivos e ficando, diante da impossibilidade de pagamento do empréstimo, com os bens dados em garantia. No entanto, é condenado

(22) "Muñoz Conde faz uma ressalva, porém, em relação aos bens jurídicos essenciais para a vida em comum, como a vida, a saúde e a liberdade, e nas hipóteses de interferência em esfera jurídica alheia." José Cerezo Mir, op. cit., p. 215-216.

(23) José Cerezo Mir, op. cit., p. 215.

por tal crime a cumprir pena na Sibéria. Prevaleceu assim a culpabilidade jurídica, não se levando em conta a culpabilidade moral. Se não fosse assim, isto é, se a culpabilidade jurídica não prevalecesse sempre sobre a culpabilidade moral, restariam prejudicados dois indispensáveis pressupostos em que se funda o Direito: a obrigatoriedade e a generalidade. A observância às leis é obrigatória a todos (generalidade). Excluídos esses pressupostos, o Direito de pouco vale, pois seria apenas um amontoado de normas aplicadas conforme a inclinação moral do julgador. Portanto, é fácil verificar que o conceito de culpabilidade apresentado por Muñoz Conde, que importa em motivação pela norma para a abstenção da conduta, que por sua vez importa em concordância efetiva com a norma, impondo, portanto, juntamente com a imputabilidade jurídica, que se verifique a imputabilidade moral do sujeito, está, assim como o conceito tradicional de culpabilidade, impregnado de um conteúdo moral indesejável em um Estado democrático de Direito.

Um dos elementos da culpabilidade, citado no item 1 deste texto, é a consciência da ilicitude. Esta consciência, como exposto, é a que o sujeito deve ter, *ao menos potencialmente*, de que age de modo contrário ao Direito. Essa potencialidade do conhecimento da lei decorre do mandamento legal de que o desconhecimento da lei é inescusável.²⁴ Assim, é uma premissa do ordenamento jurídico que o sujeito, ao menos o que é considerado civilizado,²⁵ conheça a lei, independentemente do fato de ele realmente a conhecer. No entanto, nem todos os cidadãos conhecem efetivamente a lei, conforme será visto adiante de forma mais detida. Assim, se esse conhecimento da lei é potencial, justamente diante da impossibilidade de exigir-se que todos efetivamente conheçam as leis, vê-se que a exigência de concordância com a lei é ainda mais inviável.

O filósofo alemão Klaus Günther apresenta, em seu artigo “A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro”,²⁶ uma versão diferente e mais sofisticada do que a tese de Conde, dizendo que não é necessária a aceitação das normas, mas sim a participação efetiva dos cidadãos no processo legislativo, isto é, faz depender a culpabilidade da validade da norma no que diz respeito a seu processo de produção, ou seja, da legitimação democrática das normas jurídicas. Segundo o próprio Günther, suas ponderações aproximam-se dos argumentos de Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*) e John Rawls (*Political Liberalism*).²⁷ Vejamos mais detidamente em que consiste essa tese.

Em primeiro lugar, segundo Günther, seria necessária a delimitação do conceito de pessoa, que servirá de ponte entre a pretensão de legitimidade da norma e a exigência de obediência da mesma, cuja contrariedade carac-

(24) Art. 21 do CP.

(25) Alguns índios de regiões remotas, por exemplo, se não têm contato com o homem dito civilizado, estão isentos de pena.

(26) Op. cit., nota 10.

(27) Idem, p. 81.

terizaria a culpa. Diz que cidadãos em uma democracia são não só os destinatários, mas também os autores das leis. Essa concepção de pessoa, baseada em uma concepção comunitária, pressupõe a capacidade de assumir posições críticas, entendidas como “posições motivadas” em relação a condutas próprias e alheias. Essa motivação determina a maneira de agir, de modo que “eu (*ceteris paribus*) atuaria de outro modo se tivesse agido sem este motivo”.²⁸ A pessoa dotada desta capacidade crítica é chamada por Günther de pessoa deliberativa.

A pessoa deliberativa, agindo criticamente, deve *poder participar* das argumentações de onde se origina a pretensa validade da norma. Nessa discussão, pode a pessoa deliberativa autocorrigir-se à luz dos melhores motivos, ou permanecer com sua posição inicial. Então, quando a pessoa puder utilizar sua capacidade de atitude crítica é que suas ações poder-lhe-ão ser imputadas. Esta capacidade de atitude crítica passível de imputação é chamada de competência performativa. Quando a pessoa deliberativa puder efetivamente atuar nas discussões que precedem a confecção das leis, participando da competição pública pela busca dos melhores motivos, isto é, no chamado processo legislativo, torna-se não somente destinatária, mas também autora das normas jurídicas.

Segundo Günther, o conceito de pessoa deliberativa se ramifica na pessoa do cidadão como autor das normas jurídicas e como pessoa capaz de direito, destinatária das normas. No entanto, o direito subjetivo de participação política não implica em que o indivíduo esteja obrigado a participar, pois o dever de observar a norma não depende da participação efetiva, mas somente da constituição procedimental da norma:

“O dever de cada cidadão de observar a norma se baseia apenas no igual direito ao exercício público de sua capacidade de crítica e no processo juridicamente institucionalizado, no qual esse direito pode ser eficazmente exercido — não, porém, sobre o *se* e o *como*, e também não sobre o resultado do respectivo uso fático desse direito.”²⁹

Assim, a norma é obrigatória mesmo para aqueles que não participam do processo democrático e também para aqueles que, embora participem, não concordem com a norma, afastando-se qualquer tentativa de imputação moral, pois a impositividade do Direito funda-se no direito ao uso eficaz da capacidade de atitude crítica no processo de confecção das leis. O dever de observar a norma pelo cidadão enquanto seu destinatário não impede que o cidadão dotado de capacidade deliberativa discorde da mesma e postule sua modificação. Aliás, o sujeito pode mesmo ponderar as vantagens e desvantagens que a contrariedade à norma pode causar-lhe, tomando-a como um obstáculo, como outro qualquer, à sua liberdade, para decidir se pratica ou não o ato lesivo: “O assaltante de bancos, que desiste de seu plano porque uma patrulha da polícia se encontra nas imedia-

(28) Idem.

(29) Idem, p. 85.

ções, observa com isso da mesma forma que uma pessoa racional a respectiva norma que proíbe o roubo a bancos”.³⁰

Assim, aos indivíduos que têm capacidade de atitude crítica e que possam eficazmente participar do processo democrático de confecção das normas pode ser atribuída culpabilidade, isto é, imputabilidade jurídico-penal pelo ato praticado. Klaus Günther pretende assim, acreditando estar eliminando os resquícios de imputação moral da imputabilidade jurídico-penal, fundamentar seu inovador conceito de culpabilidade.

4. A persistência da crise

A tese de Günther parte do pressuposto de que o processo democrático possibilitaria a participação efetiva de todos os cidadãos, que poderiam “tomar parte nas proposições normativas”. Vejamos algumas passagens sobre o tema:

“Os processos democráticos possibilitam o desenvolvimento da pessoa deliberativa nos procedimentos de formação pública de opinião e de vontade. A legitimidade das normas jurídicas depende dos processos institucionalizados juridicamente, nos quais os cidadãos podem criticamente tomar parte nas proposições normativas.”³¹

“... o dever de observância da norma não depende apenas da capacidade atribuída à pessoa deliberativa de assumir uma posição crítica, senão também do fato de que os processos de formação de opinião e de vontade sejam institucionalizados juridicamente, na forma de processos democráticos, nos quais a pessoa de direito e obrigada a evitar o injusto possa tornar efetivamente válida, como cidadão, sua atitude de rejeição frente à norma. Sem tais processos não há dever de observância da norma e igualmente qualquer culpa, na hipótese de uma lesão normativa. Em síntese, só há culpabilidade jurídico-penal num Estado democrático de direito! Comunidades integradas eticamente preferem, ao invés, uma censura ‘moral’ de culpabilidade e excedem, com isso, os limites entre direito, ética e moral.”³²

No entanto, Günther não explica o que seria a possibilidade de efetiva participação dos cidadãos nas proposições normativas. Inicialmente, é necessário esclarecer que essa participação deve referir-se ao processo legislativo, entendido como a sequência de atos institucionalizados, juridicamente previstos, pela qual se dá a confecção da lei, de atribuição dos parlamentares escolhidos pela população.³³ Convém esclarecer que a participação do poder legislativo através de re-

(30) Idem, p. 86.

(31) Idem, p. 87-88.

(32) Idem, p. 89-90.

(33) Pode-se resumir o processo legislativo brasileiro, previsto na Constituição Federal de 1988, da seguinte forma: o projeto de lei é apresentado pela pessoa competente (Depu-

apresentação é indispensável, porque há muito já não se pode falar em democracia direta, onde todos os cidadãos participam ativamente. Assim, é inevitável a transferência de poderes, ou seja, a representação política.

As discussões das quais se originam a pretensão de validade das normas devem ter tempo e local apropriados, isto é, no Legislativo, durante as reuniões ou sessões que tratarão do assunto respectivo. Assim, para que a participação da pessoa deliberativa possa ter eficácia, no sentido atribuído por Günther, ela deve poder fazer seus argumentos serem ouvidos por quem vota as leis, na tentativa de fazê-los compartilhar de seus "melhores motivos". É fácil notar os problemas que decorrem dessa pretensa possibilidade de participação do cidadão no processo legislativo. Como a culpabilidade é atribuível individualmente, atrelada, segundo Günther, à possibilidade de participação no processo democrático de confecção das normas, é necessário que o cidadão possa ser ouvido, *independentemente de sua associação a outras pessoas*, por quem pode eficazmente decidir sobre a norma, que são, em um sistema representativo, os parlamentares. Não se pode simplesmente exigir participação de segmentos organizados da sociedade, como ocorre atualmente de forma não institucionalizada, isto é, informal, através do chamado *lobby*. É corriqueiro ver-se *lobby* de empresas, como as de cigarros, armas, ou mesmo de agricultores, funcionários públicos e muitos outros, expondo suas razões a parlamentares. No entanto, a culpabilidade é eminentemente individual, na medida em que a pena não passará nunca da pessoa do condenado, e, além disso, a lei penal, que atribui culpa por crime cometido, tem caráter geral, isto é, aplica-se a todos indiscriminadamente, ainda que existam alguns crimes que digam respeito somente a determinados segmentos da sociedade. Deve-se também admitir que em determinadas situações o cidadão tenha uma opinião singular sobre determinado assunto, não encontrando suporte em nenhuma entidade de classes, associação etc. Enfim, a possibilidade de participação na confecção das leis, para efeitos de justificação da culpabilidade penal, deveria dar-se sempre de forma individual, e nunca de forma coletiva.

Porém, é impossível querer que todo cidadão possa ir ao Congresso, Assembléia ou Câmara, ou mesmo que possa fazer chegar até lá suas razões a respeito de determinado assunto, tentando fazer valer seu pretenso direito de participação no processo democrático. Evidentemente, não há possibilidade de tal fato

tados, Senadores, Presidente da República, Tribunais Superiores, Procurador Geral e cidadãos) ao Senado ou à Câmara; discussão do projeto pelas comissões permanentes; votação pela Câmara e revisão pelo Senado, ou vice-versa, dependendo da Assembléia; sanção ou veto do Presidente da República; promulgação, que importa em inovação do mundo jurídico; publicação em jornal oficial, ato pelo qual a lei torna-se de conhecimento público. O processo legislativo nos estados e municípios ocorre de forma semelhante, excluindo-se a existência da casa revisora, presente somente na esfera federal. Existem algumas espécies normativas, excepcionais, que possuem processo legislativo um pouco diferente, como é o caso das emendas à Constituição e das medidas provisórias.

ocorrer devido à inviabilidade de um processo como esse, isto é, de institucionalizar-se um procedimento no qual quem quisesse poderia participar. Vê-se que nos dias de hoje os trâmites já são excessivamente morosos, mesmo sendo as assembléias constituídas de um número bastante limitado de participantes. Além disso, em uma sociedade pluralista e extremamente complexa como a nossa, com um número enorme de leis tratando dos mais variados temas, os próprios cidadãos não têm condições de tomar conhecimento delas, muito menos de forma detalhada, para poder argumentar contrária ou favoravelmente à norma. Assim, muitas vezes não podem os cidadãos nem mesmo conhecer qual seu dever jurídico diante de um ordenamento tão pluralista, impondo-se, por isso mesmo, a tolerância.

Outro problema que surgiria seria o seguinte: o cidadão poderia não ter interesse em um tema tratado por determinada lei no momento de sua confecção e, por isso, não ter participado, se possível fosse, das discussões sobre a lei, e, posteriormente, passar a tê-lo, de modo que não poderá mais o fazer, eis que as discussões sobre determinado assunto não estão sempre em pauta, mas surgem somente quando há projeto de lei proposto pela pessoa competente para tanto. Assim, vê-se que a participação da população, conforme parece entender Günther, não é possível. No caso do Brasil, por exemplo, existe a chamada lei de iniciativa popular, prevista no art. 61, § 2.º, da CF de 1988, onde se vê que para tanto é necessário que o projeto seja subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles. Essas condições visam inequivocamente a limitar, senão impossibilitar, a participação dos cidadãos no processo legislativo. Como se vê, essa participação impõe esforços inalcançáveis e, além disso, faz a participação depender, quando muito, de outras pessoas (participação por entidade de classe, associação, *lobby*), o que não pode ocorrer, pois o conceito de culpabilidade é, como visto, individual. Juarez Tavares assim comenta a tese de Günther:

“Na concepção bem articulada por Günther se pretende solucionar essa questão da legitimidade – ao reconhecer-se o caráter de rotulação da imputação por culpabilidade – mediante o recurso ao reconhecimento à capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito, no exercício de suas respectivas funções no que toca às suas pretensões de validade quanto a ações e manifestações próprias. Ainda que contenha um efeito funcional, é um discurso que afasta evidentemente do modelo funcional clássico, porque faz depender a validade da norma do processo democrático de sua produção. E possuí, por isso mesmo, um valor próprio, de desmistificar o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo através de uma visão política. *Vale para uma sociedade absolutamente democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e ao mesmo tempo alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultural, étnica e religiosa* [grifamos].

No entanto, qualquer que seja a interpretação que se possa emprestar a esse discurso, é indispensável que se possa pensá-lo não apenas dentro do âmbito de

um processo de participação democrática, mas dentro das diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade. Caso contrário, restaria um discurso meramente formal, formulado sobre uma sociedade ideal [grifamos].”³⁴

Assim, a atribuição de culpa a alguém pela transgressão de uma norma não pode ter como fundamento o processo de confecção dessa norma, com a possibilidade da participação efetiva dos cidadãos, pelos motivos expostos neste item.

5. Existe uma solução?

Qualquer norma produzida pelo poder legislativo representativo já possui ela própria conteúdo axiológico, na medida em que representa a *vontade* da maioria dos homens que a fizeram ou com ela concordaram, votando a seu favor. Esse tipo de intervenção moral tem sido aceita, por ser inevitável. Especificamente no que se refere à atribuição de culpa a alguém por um crime cometido, a impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo, já demonstrada, acabou por gerar uma crise no conceito tradicional de culpabilidade, tida por uma espécie de culpabilidade pela conduta de vida, conforme a teoria ética de Aristóteles, em vista de suas implicações morais.

Como visto no item anterior, a tentativa de solucionar-se a crise dada por Klaus Günther, através da validação democrática das normas em seu processo de confecção, isto é, em sua gênese, não foi bem-sucedida, devido à inviabilidade prática de implementação de um processo legislativo onde fosse possível a participação de todos. Aqui, deve-se apontar para o fato de que a validade da norma é vista em sua gênese. Sob esse ponto de vista genético, Hume pretendeu criticar Hobbes ao dizer que a noção de contrato tem caráter histórico, genético, sendo os governos quase sempre estabelecidos pela força, sem pretender ter o consentimento da população, de forma que não se poderia falar na concordância de todos em aderirem ao pacto. No entanto, como esclarece Aguinaldo Pavão,³⁵ Hobbes preocupa-se com a validade do poder político independentemente de sua gênese histórica. Assim, não é necessário que todos os cidadãos efetivamente consintam com o pacto, pois “quem ingressou na congregação (*congregation*) da assembléia concordou em se conformar com a resolução da maioria, o que significa que houve um pacto tácito”.³⁶ Isto é, vale mais a coerência do sistema do que sua origem histórica.

Da mesma forma, não sendo possível legitimar democraticamente as normas pela sua gênese histórica, como quer Günther, importa ao sistema penal a validade

⁽³⁴⁾ Op. cit., p. 155.

⁽³⁵⁾ Aguinaldo Pavão. “A fundamentação do poder político em Hobbes”, *Crítica – Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 2, 7/277, abr.-jun., 1997.

⁽³⁶⁾ Idem.

da norma em vista de sua coerência no sistema. E o sistema penal parecer ser coerente, ao menos parece possuir uma razoável inteligibilidade, mesmo não sendo possível a legitimação genética da norma através da possibilidade de participação de todos. Assim, se não se pode querer que todos participem do processo democrático (democracia direta), deve haver representação política; se não se pode querer que todos sejam efetivamente ouvidos pelos parlamentares representantes, como visto acima, devem ser admitidas e tidas como devidamente legitimadas as leis por eles confeccionadas. E isso não implica a invalidade das normas que atribuem culpa a alguém por crime cometido, pois o sistema é coerente. A “moralidade” de que esse sistema está impregnado não o invalida só por esse motivo. É importante ainda ressaltar que mesmo os chamados positivistas deixam claro que não existe uma só moral nos sistemas jurídicos, mas inúmeras, variando seu conceito conforme sejam os interesses da classe dominante. Podemos ver essa multiplicidade moral em Hans Kelsen, ao descrever sua Teoria Pura do Direito:

“O que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a idéia de que não há única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um grupo ou camada da população.”³⁷

Enfim, acreditamos ser louvável a tentativa de mitigar o conteúdo moral da atribuição de culpa penal. No entanto, o ato de julgar é ato essencialmente humano, tanto direta quanto indiretamente, isto é, tanto o julgador (juiz) é um homem, quanto também o é o legislador, que estabelece as leis pelas quais o homem-juiz aplicá-las-á, e por isso mesmo a eliminação do conteúdo axiológico desse julgamento é impossível. Assim, da mesma forma que a norma produzida pelo poder legislativo representativo possui um conteúdo axiológico já recepcionado pela tradição, por representar a *vontade* da maioria dos homens responsáveis por sua confecção, a atribuição de culpa a alguém igualmente não escapa a um conteúdo axiológico intrínseco, devido à impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo. Na medida em que essa demonstração é impossível ao homem-juiz, que deve decidir se alguém teria ou não podido agir de outro modo, por ser a liberdade um conceito eminentemente filosófico, deve o julgador proferir julgamento onde inevitavelmente existirá juízo de valor. O julgamento não é mera aplicação das leis, como queria Montesquieu. O juiz não é somente “a boca que repete as palavras da lei”, mas sim um instrumento de criação, não da lei propriamente dita, mas do Direito, exercendo, ao julgar, o que se

(37) *Teoria pura do Direito*, 1991. p. 74.

chama de interpretação criativa.³⁸ No entanto, não é conveniente alongarmo-nos em tal tema, por não ser parte do presente trabalho.

Enfim, o sistema jurídico penal, baseado no conceito tradicional de culpabilidade, apesar das críticas que lhe são feitas, é um sistema inteligível. Suas falhas devem ser superadas na medida do possível. De outro modo, como se viu, as tentativas de aperfeiçoamento tratadas no presente trabalho não estão aptas para tanto. Apesar disso, deve-se dizer que a democratização dos debates em torno das leis deve ser perseguida, mas não pode fundamentar a culpabilidade. A Internet poderá servir para melhorar o acesso dos cidadãos aos integrantes do poder legislativo. Alguns mais entusiasmados já falam no *e-government*. Além disso, o Direito Penal deve ser aplicado somente nos casos em que é estritamente necessário, onde não há possibilidade de solução de conflitos de outra forma, tendo-se em vista ainda, sempre, o princípio da tolerância.

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Borheim. 1. ed. São Paulo : Abril, 1973.
- AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. 2. ed. Paris : Quadrige/PUF, 1997.
- BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GÜNTHER, Klaus. "A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro", *RBCCrim* 24/77-82, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo : Nova Cultural, 1988.
- HUME, David. *Ensaio morais, políticos e literários*. São Paulo : Nova Cultural, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- MIR, José Cerezo. "O conceito material de culpabilidade". *Revista de Ciências Jurídicas* 2/209-227, s.d., 1998.
- PAVÃO, Aguinaldo. "A fundamentação do poder político em Hobbes", *Crítica – Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 2, 7/251-292 abr.-jun., 1997.
- ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa : Dom Quixote, 1987.
- ROUANET, Sérgio Paulo. "Da pólis digital à democracia cosmopolita". *Caderno Mais!*, *Folha de S. Paulo*, 21.05.2000.

(38) Sobre o assunto, vale consultar a seguinte obra de Ronald Dworkin: *O império do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

TAVARES, Juarez. "Culpabilidade: a incongruência dos métodos", *RBCCrim* 24/77-82, São Paulo : RT, out.-dez. 1998.

———. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La culpabilidad en el siglo XXI", *RBCCrim* 28/56-71, São Paulo : RT, out.-dez. 1999.

——— e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

SOBRE O ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA

MARIA LÚCIA KARAM

SUMÁRIO: 1. Ônus da prova e processo penal – 2. O princípio *in dubio pro reo* e o estado de inocência – 3. O conteúdo da certeza que se faz indispensável a um pronunciamento condenatório – 4. O ônus atribuído ao autor da ação penal condenatória: a prova indubitosa da existência da infração penal e de sua autoria – 5. A demonstração da existência da infração penal e de ter sido o réu seu autor: a natureza dos fatos a serem alegados e provados.

Resumo: Trabalhando com as regras concernentes à distribuição do ônus da prova, no processo civil e no processo penal, e fazendo atuar, nesta matéria, a garantia *consubstanciada* na chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado, discute-se, neste trabalho, a inafastável atribuição ao autor da ação penal condenatória de *produzir* prova indubitosa *sobre* a prática pelo réu da infração penal, em todos os elementos que a integram, para que seja afirmada a existência do direito do Estado de fazer valer o poder de punir, alegado na inicial.

Palavras-chave: Processo civil – Processo penal – Ônus da prova – Particularidades da ação penal condenatória – Presunção de inocência – *In dubio pro reo*.

1. Ônus da prova e processo penal

Pode-se conceituar a prova como um instrumento de demonstração da veracidade de afirmações feitas a propósito da ocorrência ou da inoccorrência de fatos, em que alegadamente fundamentada uma pretensão exposta no processo, de modo que o juiz, formando seu convencimento, esteja apto a resolver as questões àqueles relativas (isto é, as questões de fato), sobre as quais controvertem as partes. Assim entendida a prova, é fácil perceber que a distribuição do ônus a ela relativo, tanto no processo penal como no processo civil, deverá partir da premissa de que é sobre a parte que alega um direito que irá recair a incumbência de demonstrar a existência dos fatos dos quais o pretende fazer derivar. É o que dispõe a regra contida no art. 156 do CPP, ao estatuir que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, regra que, como já advertia Frederico Marques, a

rigor, não apresenta diferença substancial com as que norteiam a matéria no processo civil.¹

Na análise desta questão da distribuição do ônus da prova, não se pode perder de vista a concepção instrumental do processo, que, prevalecente nos tempos atuais, percebe-o como um meio de acesso à ordem jurídica justa. A conseqüente identificação da natureza pública do processo, qualquer que seja a relação jurídica substancial ali discutida,² a crescente jurisdicionalização de novos conflitos relacionados a direitos e interesses coletivos e difusos, a tornar distante a concepção do processo civil como lugar de litígio entre duas partes particulares e individualizadas, a maior gama de poderes atribuídos ao juiz, tanto na direção do processo quanto em sua instrução, a deixar, como assinalado pelo Prof. José Carlos Barbosa Moreira, “campo restrito para o jogo do poder de disposição dos particulares”,³ todos estes fatores repercutem sobre as clássicas regras de distribuição, entre as partes, do encargo probatório, acabando por cada vez mais aproximar o processo civil e o processo penal.

Esta moderna concepção do processo começa por jogar por terra a desgastada afirmação de que o processo civil satisfar-se-ia com uma dita verdade formal, enquanto no processo penal haveria que se buscar uma dita verdade real. A repetição, “qual papagaio”, de “tolices” como estas, “mil vezes desmentidas” – e aqui, como é recomendável fazer quando se reflete sobre matéria processual, mais uma vez se está recorrendo às palavras do Prof. José Carlos Barbosa Moreira⁴ –, sempre encobriu, dentre outras coisas, que verdade é algo que, por definição, não se coaduna com adjetivações.

Mas, nem é aí que reside o ponto principal. Quando se pensa em verdade no processo, antes de tudo é preciso lembrar que os fatos que lá vêm aportar dizem respeito a uma realidade que, vivida em outro momento e lugar, é apenas objeto de uma reprodução histórica, feita nas alegações das partes e nas provas que,

(1) Veja-se tal observação de Frederico Marques à p. 262 do vol. II da edição atualizada de seu *Elementos de direito processual penal* (Campinas : Bookseller, 1997).

(2) Neste ponto, vale lembrar a pioneira monografia do Prof. Afrânio Silva Jardim, publicada em 1982 (Rio de Janeiro : Liber Juris), sob o título *A publicização do processo civil*.

(3) Tal afirmação consta de texto de conferência, publicado sob o título “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, à p. 45 a 62 da sexta série dos *Temas de direito processual* (São Paulo : Saraiva, 1997).

(4) Diz o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em artigo intitulado “A Constituição e as provas ilícitamente obtidas” e publicado à p. 107 a 123 da mesma sexta série dos *Temas de direito processual*: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade” [grifos no original].

ensaaiando sua reconstituição, visam sustentar estas alegações. Também é preciso lembrar que a reprodução da realidade, mesmo em outros campos, de maior cientificidade, dificilmente é abrangente de todos os elementos, de todas as circunstâncias, de todos os matizes que colore o real. Falar, assim, de busca ou determinação da verdade no processo é deixar entrever, no mínimo, uma certa prepotência. O que se busca em um processo há de ser sim e tão-somente a maior exatidão possível naquela reconstituição dos fatos, de modo a obter não exatamente a verdade, mas uma aproximação da realidade, que idealmente tenda a refletir a verdade.

Por outro lado, nesta reconstituição dos fatos que se faz no processo, nem todos os meios podem ou devem ser utilizados. Frequentemente, os objetivos de maior exatidão, de aproximação da realidade idealmente refletora da verdade, haverão de ceder diante de outros valores ou interesses, consideráveis na formação social em que estruturada a atividade jurisdicional desenvolvida no processo. Exemplo claro disto encontra-se, em nosso ordenamento jurídico, na saudável proibição probatória consistente na inadmissibilidade, constitucionalmente estabelecida, das provas obtidas por meios ilícitos.⁵

Na reconstituição dos fatos, na busca de aproximação da realidade, não será incomum, assim, que subsistam dúvidas de maior ou menor intensidade sobre o real, muitas vezes defeituosa, limitada ou insuficientemente reproduzido. Na prevalência do princípio de que, mesmo no caso de dúvidas invencíveis, não é lícito ao juiz eximir-se do dever de decidir a causa, faz-se, então, necessário que a lei estabeleça regras que indiquem qual das partes deverá sofrer as consequências da insuficiência probatória, motivadora da subsistência da dúvida, de modo que, a partir destas regras, esteja o juiz, assim mesmo, apto a decidir.

São exatamente estas as regras que, consideradas como regras de julgamento, disciplinam a distribuição do ônus da prova, aqui residindo o ponto central de interesse em torno desta matéria.⁶

(5) No projeto de reformas setoriais do Código de Processo Penal, elaborado por comissão constituída pelo Ministério da Justiça, definem-se as provas obtidas por meios ilícitos, na redação proposta para as regras do art. 157 e seu § 1.º, como aquelas obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais, bem como as delas derivadas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

(6) Neste sentido, as sempre claras lições de Ovídio Baptista da Silva, que, à p. 345 do vol. I de seu *Curso de processo civil* (4. ed., São Paulo : RT, 1998), expõe: "Como mostra Rosenberg (*La carga de la prueba*, § 1.º), a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no Direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência dos fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é ne-

Vista a questão nesta dimensão, pode-se afirmar que a distribuição do ônus da prova, no processo, qualquer que seja a relação jurídica substancial nele discutida, constitui nada mais do que um indicador para a superação do *non liquet*, isto é, para que o juiz, que não pode se eximir de decidir mesmo diante da dúvida eventualmente subsistente na reconstituição dos fatos, decida, chegando, como no dizer de Julio Maier, a uma decisão de certeza ali onde só há dúvida.⁷

É a partir desta íntima ligação entre a distribuição do ônus da prova e a dúvida, eventualmente subsistente na reconstituição dos fatos, que decorrem algumas particularidades identificáveis no processo penal quanto ao tratamento desta questão, certo que, dada a natureza essencialmente violenta e policialesca do poder de punir que o Estado pretende fazer valer, através do processo penal, a certeza e a dúvida hão de ali merecer atenção especial, vinculadas que estão a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

2. O princípio *in dubio pro reo* e o estado de inocência

Enuncia, expressamente, a regra contida no inc. LVII do art. 5.º da CF brasileira que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim dando assento constitucional à chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Esta garantia essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, igualmente expressada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992),⁸ significa que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação, sem que esta lhe tenha sido imposta, em processo regular, por sentença, que não mais se sujeite a qualquer recurso.

Daí decorre que o réu, na ação penal condenatória, há de ser tratado como inocente, até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciamento condenatório; sua situação jurídica, durante o curso do processo, sendo a de in-

cessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória”.

- (7) Esta afirmação de Julio Maier encontra-se à p. 581 do vol. B do t. I de seu *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires : Hammurabi, 1989). Embora o autor a relacione exclusivamente ao processo civil, não parece diferir a questão no processo penal, ali a presença da dúvida quanto à existência da infração penal e sua autoria se transformando na certeza quanto à improcedência do pedido de condenação.
- (8) Declaração Universal dos Direitos Humanos – Art. XI, 1. “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”; Convenção Americana de Direitos Humanos – Art. 8.º, 2. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

cente, situação esta que, construída pela norma constitucional e reconhecida a todos os indivíduos – e, por tal razão, identificando-se a uma presunção –, só poderá se desfazer através do pronunciamento jurisdicional irrecorrível, em que, observados os ditames da cláusula fundamental do devido processo legal, vier a ser afirmada a prática da conduta punível e imposta a pena.

É da garantia consubstanciada nesta chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade que deriva, em sua conformação atual, o princípio enunciado através do aforismo *in dubio pro reo*.⁹ Sendo um dos mais importantes e mais caros princípios do processo penal no Estado Democrático de Direito, a afirmação do *in dubio pro reo* impõe que a dúvida, qualquer que seja, mínima que seja, sobre a autoria ou sobre qualquer elemento integrante do conteúdo da alegada infração penal, deva, sempre e invariavelmente, conduzir a um pronunciamento de improcedência do pedido formulado pelo autor da ação penal condenatória, resolvendo-se, sempre e invariavelmente, em favor do réu.

No Estado Democrático de Direito, a tutela da liberdade do indivíduo, funcionando como limitação ao poder estatal, sobrepõe-se ao poder do Estado de punir, o que já se traduz na própria proibição da autotutela, enunciada no princípio *nulla poena sine iudicio*, contido na cláusula fundamental do devido processo legal, a fazer com que a pretensão punitiva seja sempre insatisfeita, a aplicação da pena não podendo se dar sem prévia realização do processo.¹⁰

A prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir decerto conduz à consideração da própria legitimação substancial do exercício da função jurisdicional, que, reconhecidamente, encontra um de seus elementos na vinculação de tal exercício à lei constitucionalmente válida e à posição garantidora dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. É dentro deste exercício legitimante que há de ser atribuída ao juiz a relevantíssima função de controle e contenção das manifestações do Estado policial, presentes no interior do Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito, que traz em sua essência a submissão à lei, não só por parte de seus habitantes, mas, principal-

(9) Embora se possa afirmar que as origens do *in dubio pro reo* remontem ao direito romano da última época imperial, o princípio, em sua conformação atual, indissolavelmente se liga não só à superação do sistema de provas legais e à prevalência do livre convencimento na valoração da prova, como à garantia que veda a persecução penal múltipla (*ne bis in idem*), assim encontrando sua proveniência nas concepções políticas liberais em que se fundaram as raízes do Estado Democrático de Direito, podendo-se, portanto, mais propriamente, afirmar que o *in dubio pro reo* cristaliza-se com a proclamação da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, vinda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9.º) da França de 1789.

(10) Pode-se conceituar a pretensão punitiva como a exigência de subordinação do interesse do réu – sua aspiração a manter a liberdade ou o estado de inocência – ao interesse do autor – o Estado – de fazer valer o poder de punir sobre responsabilizados autores de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, legalmente qualificadas como infrações penais.

mente, por parte dos que exercem o poder, com vista a garantir os direitos e a dignidade de cada indivíduo, contrapõe-se ao Estado policial, em que seus habitantes se subordinam ao poder, demonstrando a história, como ressalta Zaffaroni, que não existem Estados de Direito reais (historicamente determinados) que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de Direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, as manifestações do Estado policial sobreviventes em seu interior, o poder punitivo, por sua violência, seletividade e irracionalidade intrínsecas, situando-se neste campo do Estado policial e constituindo uma de suas manifestações que maiores riscos traz ao Estado de Direito.¹¹

A prevalência da tutela da liberdade do indivíduo, apontando para a contenção e a redução do poder do Estado de punir, há, portanto, de permanentemente dar as diretrizes e permanentemente se exercitar, no processo penal, não só para avanço e fortalecimento dos postulados do Estado Democrático de Direito, em que tal prevalência se inclui, mas, antes disso, para assegurar a própria subsistência daquele Estado, freqüentemente ameaçada pela tensão estabelecida entre seus princípios e as manifestações do Estado policial, cujo crescimento, nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, já não esconde o neautoritarismo, que, no campo do controle social, aparece como a contra-face do neoliberalismo econômico.¹²

Originando-se dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tanto a garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade quanto o princípio *in dubio pro reo* dela derivado, rigorosa e efetivamente aplicados, constituem importantíssimos instrumentos de contenção do poder de punir e, assim, de contenção do Estado policial.

A garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado implicam na atribuição ao autor da ação penal condenatória – isto é, àquele que ocupa a posição da Acusação – do ônus de demonstrar, de forma indubitosa, a existência da infração penal e de sua autoria, na medida em que somente a certeza quanto a esta existência poderá conduzir a um pronunciamento de procedência do pedido de condenação.

Como assinala, aqui também, Julio Maier, a ausência da certeza representa a impossibilidade do Estado de destruir a situação de inocência, construída pela lei (presunção), que ampara o acusado, razão por que conduz à absolvição qualquer outra posição do juiz a respeito da verdade, a dúvida, ou

(11) Em seu recente *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires : Ediar, 2000, Zaffaroni desenvolve profundamente este tema, a permear toda a obra, na delineação de um Direito Penal orientador das decisões judiciais, em sua função de limitação e contenção das manifestações de poder próprias do Estado policial.

(12) O surgimento de um neautoritarismo, no campo do controle social, como contra-face do neoliberalismo econômico, é apontado por Alberto Toron, em seu *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996. p. 141.

mesmo a probabilidade, impedindo a condenação e havendo de desembocar na absolvição.¹³

Esta exigência da certeza para a condenação, materializadora do princípio *in dubio pro reo*, vem concretizada, em nosso ordenamento jurídico, nas regras que, assegurando a efetividade da garantia constitucional inscrita no inc. LVII do art. 5.º da CF, determinam que seja o réu absolvido quando insuficientes as provas para a condenação (art. 386, VI, do CPP e art. 439, *e*, do Código de Processo Penal Militar).

3. O conteúdo da certeza que se faz indispensável a um pronunciamento condenatório

Da reconstituição dos fatos alegadamente configuradores da infração penal que o autor da ação penal condenatória atribui ao réu, podem resultar diferentes conclusões sobre a existência ou a inexistência do acontecimento real, que se busca conhecer.

Podem as provas trazer elementos que conduzam a uma afirmação da ocorrência daqueles fatos e outros que levem à sua negação, aí se instalando uma situação de indefinição sobre a efetiva existência ou inexistência do acontecimento real alegado. Em tais circunstâncias, o contraste que se forma entre um e outro sentido apresenta uma oscilação, os elementos indicativos da existência dos fatos alegados equilibrando-se com os que indicam sua inexistência. É esta a situação em que se costuma falar de dúvida propriamente dita.

Mas, neste contraste entre um e outro sentido, apontados pelas provas, podem se destacar, tendo mais força, mais peso, sendo mais convincentes, os elementos conducentes à afirmação da existência dos fatos alegados, elementos estes que, preponderantes, estariam a indicar que os fatos provavelmente teriam se passado daquela forma, sem que, no entanto, se afaste de toda a possibilidade de a realidade ter tido contorno diverso. Aí se terá não mais uma situação de indefinição, mas uma situação em que se manifesta a probabilidade de existência dos fatos alegados, o mesmo podendo se dar no sentido oposto, com a preponderância dos elementos negativos a sinalizar a improbabilidade de ocorrência daqueles fatos. Embora, no caminho de aproximação à realidade, a probabilidade e a improbabilidade situem-se em um patamar superior ao da indefinição (ou da dúvida propriamente dita), o campo em que se manifestam tem as mesmas características de relatividade, a dúvida, de todo modo, ainda se fazendo presente.

Já a certeza surge em outro campo, o campo do absoluto, em que não há espaço para alternativas, em que nenhuma dúvida, ainda que menor, pode subsis-

(13) Tal observação de Julio Maier encontra-se às p. 257 e 258 da obra citada em nota anterior.

tir. Assim, somente quando ausente qualquer dúvida, isto é, quando os elementos probatórios proporcionam a firme – porque absoluta – convicção de que a realidade se passou de determinada forma, eliminando toda possibilidade, mínima que seja, de ter esta ocorrido de modo diverso, é que se estará diante da certeza quanto à ocorrência ou à inoccorrência dos fatos reconstituídos no processo.¹⁴

A probabilidade, por mais forte que seja, é algo ainda muito distante da certeza. Quando se trabalha com probabilidades, se está, implicitamente, admitindo uma possibilidade de a realidade ter tido um contorno diverso. E, sempre que exista esta possibilidade, mesmo que longínqua, não haverá certeza, pois a afirmação da certeza significa a afirmação de que algo é assim e não pode ser de outro modo, significando que dos elementos com que reconstituídos os fatos, necessariamente, há de derivar tão-somente aquela conclusão e nenhuma outra.

Tome-se um exemplo, retirado de um caso concreto. Em determinado processo, em que o Ministério Público atribuía ao réu a prática do crime de estelionato, consistente em adulteração de valor constante de primeira via de formulário de pagamento de vale-transporte, resultando no recebimento de quantia maior do que a devida, formou-se o seguinte quadro probatório: a adulteração, feita através da colocação de número datilografado à frente dos números originais também datilografados, restou inquestionável, seja através de laudo pericial, seja através da comparação com a segunda via do formulário e com o requerimento, arquivados na repartição; o recebimento da quantia superior à devida também ficou evidenciado através de provas documentais, demonstrando-se ainda, em depoimentos de testemunhas e no interrogatório, que o réu era o único servidor encarregado do preenchimento dos formulários. Muito fortes eram, assim, as indicações de que seria o réu o autor da conduta configuradora do tipo legal do estelionato. No entanto, o réu negava a autoria, não havendo qualquer testemunha que tivesse presenciado a adulteração, ou que relatasse, por qualquer outra forma, as circunstâncias em que realizada. Tudo o que se obteve, assim, com as provas produzidas no processo, foi a demonstração dos fatos de ser o réu a pessoa encarregada de elaborar o documento posteriormente adulterado e de o aumento indevido do valor do vale-transporte vir a beneficiá-lo, o que, decerto, trazia uma forte probabilidade de ter sido ele o autor da adulteração, probabilidade que, no entanto, não afastava a possibilidade de ter sido outro o autor, alguém que, mesmo não obtendo o proveito econômico resultante da adulteração, estivesse querendo prejudicar o réu, invejoso da função de confiança por ele exercida, ou pretendendo ocupar seu lugar, ou movido por qualquer outra razão. Foi, assim, o réu absolvido, porque ausente a certeza quanto à autoria, exigível para a condenação.

A probabilidade só pode operar contrariamente aos interesses do réu em juízos provisórios, como os que dão o conteúdo de decisões de natureza cautelar, ou

⁽¹⁴⁾ Na obra *La prueba en el proceso penal*, de José Cafferata Nores (Buenos Aires : Depalma, 1986), encontram-se, às p. 5 a 7, esclarecedoras conceituações da dúvida, da probabilidade e da certeza.

de juízos positivos sobre a admissibilidade da acusação, aí se trabalhando apenas com a aparência – e não com a existência – do direito alegado. Neste ponto, vale ressaltar que o estágio inicial de indefinição, de oscilação equilibrada entre a ocorrência e a inocorrência dos fatos alegados, de dúvida propriamente dita, tampouco aqui será suficiente, pois, para se afirmar a aparência de um direito, ainda mais do direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, é naturalmente necessário que se tenham elementos probatórios sérios, idôneos, a sinalizar que, embora ainda não se possa afirmar com certeza, tudo estaria a indicar que os fatos em que se fundamenta aquele direito, teriam se passado da forma apontada. O estágio inicial de indefinição, de oscilação equilibrada entre a ocorrência e a inocorrência dos fatos alegados, de dúvida propriamente dita, em momento algum do processo poderá ter qualquer repercussão negativa sobre os interesses do réu.

Por ocasião do pronunciamento final sobre o mérito, a garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado afastam não só a dúvida propriamente dita, mas também a probabilidade, exigindo, para a afirmação da procedência do pedido de condenação, que as provas produzidas no processo efetivamente conduzam à certeza da ocorrência dos fatos configuradores da infração penal, bem como à certeza de ter o réu a praticado.

Cabe, aqui, a observação de que a certeza não sempre se formará, exatamente, sobre a verdade, dadas as limitações já expostas quanto à possibilidade de ser esta efetivamente alcançada. Quando se fala de certeza, o que se está levando em consideração é apenas o estágio do pensamento que produz a absoluta convicção de que o acontecimento real, *como reconstruído pelas provas produzidas no processo*, se deu de determinada forma e não de qualquer outra, afastada, dentro da aproximação da realidade idealmente refletora da verdade obtida no processo, qualquer outra conclusão que daqueles fatos reconstituídos pudesse decorrer.

4. O ônus atribuído ao autor da ação penal condenatória: a prova indubitosa da existência da infração penal e de sua autoria

Assim, exigidas a certeza da ocorrência dos fatos configuradores da infração penal e a certeza de ter o réu a praticado, para que seja pronunciada a procedência do pedido, será sobre o autor da ação penal condenatória que irá recair o ônus de cuidar para que sejam produzidas provas indubitosas de tais fatos, de modo a afastar qualquer dúvida, de modo que não subsista a mais leve hipótese de poderem ter estes se passado de forma diferente.

O pedido do autor da ação penal condenatória exterioriza pretensão punitiva que se fundamenta na alegada prática de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, recaindo, portanto, sobre este autor da ação penal condenatória o ônus de provar, isto é, de afastar qualquer dúvida sobre a ocorrência, não apenas de uma conduta típica, mas sim de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, com todos os elementos que a integram,

reduzíveis às tradicionais categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.¹⁵

Como lembra o Prof. Afrânio Silva Jardim, a infração penal é um todo indivisível, o Estado só podendo, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este todo indivisível.¹⁶

Nem é nova esta afirmação. Guisepppe Bettiol, que, como assinala Zaffaroni, no prefácio de seu já citado *Derecho penal – Parte general*, deve ser especialmente lembrado, dentre os penalistas do século XX, pelo humanismo, o respeito pela pessoa e a proximidade a nós, latino-americanos, já destacava o ônus do Ministério Público de provar a prática da infração penal, em todos os seus elementos.

Assinalando que a importância maior da questão do ônus da prova, no processo penal, residia no surgimento de um estado de dúvida em relação à existência de qualquer fato com relevo penal, Bettiol apontava que “é sobre o Ministério Público que recai todo o peso do ônus da prova em processo penal. Isto no sentido de que ele é chamado a demonstrar (se pretende eliminar da mente do juiz todo o resíduo de dúvida) a realidade dos *factos constitutivos* da pretensão punitiva (o argüido de crime de furto subtraiu efectivamente uma coisa móvel de outrem) e a inexistência de *factos impeditivos* (não se verificou a favor do argüido o estado de necessidade que justificaria o delito de furto): isto é, todo o complexo dos pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena. Se as provas falham, ou se a dúvida persiste na mente do juiz, deve decidir-se na base do princípio *in dubio pro reo et contra civitatem* e absolver o argüido. Em processo penal, todo o ônus da prova foi assim querido e colocado a cargo do Ministério Público e a favor do argüido, salvo se em relação a este funciona qualquer presunção relativa de culpa expressamente hipotizada pelo legislador” [grifos no original].¹⁷

(15) A diversidade dos conteúdos doutrinariamente dados à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade, cuja discussão, naturalmente, fugiria aos limites deste trabalho, não impede que os elementos constitutivos da infração penal permaneçam sendo reduzidos a tais tradicionais categorias.

(16) Veja-se tal afirmação do Prof. Afrânio Silva Jardim no trabalho “O ônus da prova na ação penal condenatória”, encontrado às p. 205 a 221 da 6. ed. de seu *Direito processual penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1997.

(17) Vejam-se tais afirmações às p. 299 e 300 da edição portuguesa, com tradução de Manuel da Costa Andrade, das *Instituições de direito e de processo penal*, Coimbra : Coimbra Ed., 1974. Ressalve-se que, no Direito Penal ou Processual Penal de um Estado Democrático de Direito, nenhuma presunção de culpa subsiste. Presunções não passam de ficções, naturalmente incompatibilizadas com a tutela da liberdade do indivíduo, de todo modo decorrendo da garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade a prevalência desta presunção de inocência sobre qualquer outra que, porventura, insista o legislador em instituir. Ressalve-se ainda que, como se passará a

Quando se faz esta afirmação – que, aliás, deveria ser óbvia – de que sobre o autor da ação penal condenatória recai o ônus de provar a ocorrência, não apenas de uma conduta típica, mas sim de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, com todos os elementos que a integram, sequer se está lidando com qualquer particularidade do processo penal, aqui encontrando perfeita aplicação o disposto na regra do inc. I do art. 333 do CPC, a determinar que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito.

O fato que pode constituir o direito do autor da ação penal condenatória – o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir – é a prática daquele “todo indivisível” configurador da infração penal, e não a mera prática de uma conduta típica. A proposta acusatória, vinda na imputação feita ao réu, na inicial de uma ação penal condenatória, há de ser sempre assim minimamente traduzida: o réu teria – supondo-se que se trate, por hipótese, de um furto – subtraído, para si, uma determinada coisa alheia móvel, de valor economicamente considerável, assim afetando o patrimônio do ofendido, em circunstâncias em que tal conduta não era permitida e podendo, dada a normalidade das circunstâncias, atuar como determinava o comando legal e, assim, ser responsabilizado pela prática daquela infração penal, a normalidade das circunstâncias indicando, ainda, a necessidade de imposição da pretendida pena.

Caso a imputação se limitasse à mera descrição daquela considerada subtração, sem que especificadas e descritas as circunstâncias indicativas da antijuridicidade e da culpabilidade, estar-se-ia diante de petição inicial, contaminada pelo vício da inépcia, por desobediente, na dedução da causa de pedir, à exigência de inteireza em relação aos fatos constitutivos do direito alegado, ou, como expressado na regra do art. 41 do CPP, por não conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.¹⁸

Assim alegada, pelo autor da ação penal condenatória, a prática, por hipótese, de um crime de furto – e não apenas de uma conduta adequada ao tipo objetivo do art. 155 do CP, pois que, repita-se, para conduzir à procedência do pedido de condenação, com a imposição da pena, objeto da ação penal proposta, não basta aquela mera adequação, exigindo-se sim a prática do crime de furto –, a este autor da ação penal condenatória caberá – como caberia ao autor de qualquer outra ação – afastar qualquer dúvida não apenas sobre uma parte do que alega ter ocorrido, como a mera subtração da coisa alheia móvel (suponha-se uma quantia em dinheiro, retira-

analisar, matéria fática concernente à antijuridicidade não diz respeito a fatos impeditivos, incluindo-se sim entre os fatos constitutivos do direito alegado.

(18) A respeito da necessária descrição na inicial dos fatos configuradores da alegada infração penal, em todos os elementos que a constituem (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), com o igualmente necessário acompanhamento de suporte probatório mínimo, concernente a todos estes elementos, vale sempre consultar as lições do Prof. Afrânio Silva Jardim, tanto em seu *Ação penal pública – O princípio da obrigatoriedade*, Rio de Janeiro : Forense, 1988, especialmente p. 37 e 39, como em outros trabalhos, como o constante de seu *Direito processual penal*, citado em nota anterior.

da da bolsa de alguém), mas também sobre todos os demais elementos integrantes do alegado crime de furto, desde o dolo e o especial fim de assenhoreamento, integrantes de seu tipo subjetivo, passando pela lesão significativa ao bem jurídico (consubstanciado, na hipótese, no patrimônio), a contrariedade daquela conduta com a ordem jurídica, ausente qualquer permissão para sua realização (demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, a circunstância de que o bem subtraído se destinou ou se destinaria à compra de bens supérfluos, assim ausente o estado de necessidade), até a normalidade das circunstâncias em que realizada a conduta (demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, que o réu, conhecendo a proibição, estava regularmente empregado, com renda suficiente para viver dignamente, sem estar passando por qualquer situação perturbadora de sua tranquilidade, assim podendo obedecer ao comando legal, abstendo-se da realização da conduta proibida).

Somente quando demonstrados, pelo autor da ação penal condenatória, todos os elementos integrantes do alegado crime de furto – e não apenas de uma alegada conduta adequada ao tipo objetivo previsto no art. 155 do CP – poderá ser reconhecido o direito alegado na inicial, isto é, o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, diante da prática daquele crime de furto.

Da mesma forma que ao autor de uma ação que objetive o divórcio caberá provar não apenas os fatos de existirem o casamento e a separação do casal, mas ainda o decurso do prazo superior a dois anos, se de fato a separação, ou a um ano, se esta for judicial, não sendo ao réu que caberia provar o decurso de tempo inferior, assim também ao autor de uma ação que objetiva a imposição de uma pena diante da prática de uma infração penal, jamais poderia bastar que provasse a ocorrência de apenas um dos elementos configuradores daquela infração penal, transferindo-se para o réu a prova da inocorrência dos demais elementos, indispensáveis à sua caracterização. Da mesma forma que do simples fato de ter ocorrido uma separação não decorre o direito ao divórcio, exigindo a lei, para tanto, que esta separação se estenda por determinado prazo, do simples fato de ter ocorrido uma conduta adequada a um tipo objetivo de infração penal não decorre o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, exigindo a lei, para tanto, a efetiva ocorrência de uma infração penal, com todos os elementos que a integram, vale dizer, uma conduta típica (objetiva e subjetivamente), antijurídica e culpável.

A equivocada, mas corriqueira, afirmação de que ao Ministério Público (ou ao ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa) caberia apenas provar a tipicidade e a autoria da conduta imputada, exigindo-se do réu a prova de eventual causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade – sequer se considerando a dúvida, nestes campos, como razão de imperativa absolvição, como se dúvidas sobre a antijuridicidade ou sobre a culpabilidade não fossem dúvidas sobre a existência da infração penal – o que esta equivocada, mas corriqueira, afirmação contém é sim, pura e simplesmente, uma proposta, certamente contrária aos textos legais, de inversão do ônus da prova.

Quando se pretende aludir a um suposto ônus do réu de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, na forma da regra contida no inc. II do art. 333 do CPC, com isto se pretendendo dizer que causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade deveriam ser alegadas e provadas pelo réu, ignora-se, antes de mais nada, que a chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade, constitucionalmente consagrada, implica em que, como assinala, ainda uma vez, Julio Maier, o réu não tenha necessidade de construir sua inocência, já construída de antemão pela presunção que o ampara,¹⁹ o que, naturalmente, conduz ao ônus da Acusação de destruir completamente esta posição de inocência, afastando, através das provas que lhe cabe cuidar que sejam produzidas, toda dúvida sobre a prática do fato punível.

Mas, não é só isto. Quando se alude a tal suposto ônus do réu, ignora-se também não só o que sejam, em tese, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como ainda se ignora aquela elementar questão de que o direito do autor da ação penal condenatória de fazer valer o poder do Estado de punir não se funda apenas na prática de uma conduta objetivamente típica, ignorando-se aquela elementar questão de que da mera realização de uma conduta objetivamente típica muito longe ainda está a derivação do poder do Estado de punir, porque muito longe ainda está a caracterização do fato punível, a configuração da infração penal.

Os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a que alude a referida regra do inc. II do art. 333 do CPC, dizem respeito a circunstâncias exteriores ao direito alegado, que, sem negar ou afetar sua existência, apenas inviabilizam seu exercício, fazendo com que sua eficácia se ache suspensa, modificada ou extinta. Fatos desta natureza – a prescrição podendo servir de exemplo, comum ao processo civil e ao processo penal –, objeto das chamadas exceções de direito material, exceções substanciais, ou preliminares de mérito e constituindo a chamada defesa indireta, em contraposição à defesa direta, em que atacados os próprios elementos ou fundamentos do direito alegado pelo autor,²⁰ é que, diz a lei processual civil, deverão ser provados pelo réu que os alegar.

Como expõe o Prof. Ovídio Baptista da Silva, tratando, naturalmente, do processo civil, “sob o ponto de vista probatório, também se destaca a diferença entre a contestação simples e a oposição, por parte do réu, de alguma *exceção substancial*; se ele argüir exceção, cabe, naturalmente, o ônus de prová-la, ao passo que simplesmente contestando a ação pela simples negativa dos fatos ou do fundamento jurídico da ação nenhum ônus probatório lhe cabe” (grifo no original).²¹

(19) Veja-se tal afirmação à p. 271 da obra já citada.

(20) Sobre estas classificações, sempre se pode recorrer às lições de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo : RT, 1991. p. 243 e 244.

(21) Tal afirmação encontra-se à p. 320 da obra já citada em nota anterior.

Verifica-se, assim, que nem é preciso fugir do processo civil para concluir que é sobre o autor da ação penal condenatória – o Ministério Público ou o ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa – que recai todo o ônus de provar a existência de cada um dos elementos que configuram a infração penal atribuída ao réu, a particularidade do processo penal residindo apenas no ponto em que, diante da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, inafastável no Estado Democrático de Direito, o princípio *in dubio pro reo* estende-se também aos fatos que, mesmo apenas inviabilizadores do exercício do poder de punir, como a prescrição da pretensão punitiva, extinguem o direito do autor, sem negar sua existência.²²

Mas, para clarear ainda mais a afirmação de que é sobre o autor da ação penal condenatória que recai todo o ônus de provar a existência de cada um dos elementos que configuram a infração penal atribuída ao réu, permanecendo-se no mesmo campo em que ditadas as regras de julgamento disciplinadoras da distribuição do ônus da prova no processo civil, comparem-se pretensões e defesas expostas em processo penal e em processo civil, o exemplo relativo a este último retirado das lições do Professor Ovídio, em explicações que antecedem a assertiva acima reproduzida.

Sugere ele que se suponha um caso de usucapião ordinária, sabendo-se que para ser procedente o pedido formulado em uma ação em que esta seja alegada, é necessário que existam: 1) uma posse por um determinado lapso de tempo; 2) que essa posse seja exercida com ânimo de dono; 3) que seja de boa-fé; 4) que também seja contínua, o que quer dizer que não haja sofrido interrupção; 5) que, além disso, seja pública, no sentido de ser aparente e, como tal, aceita e respeitada pelos demais; 6) que, além disso, seja exclusiva, pois o estado de composse torna equívoca e imprecisa a posse; 7) finalmente, que a coisa usucapienda seja hábil para gerar a usucapião.

Todos estes elementos se fazem necessários para a configuração da usucapião, a ausência de qualquer deles constituindo negação da existência do direito alegado pelo autor, por faltar condição intrínseca para sua formação, negação esta que, como aponta o professor gaúcho, será objeto de contestação simples e não de contestação que envolva arguição de exceção de direito material, assim, conforme a assertiva vinda logo adiante, nenhum ônus probatório recaindo sobre o réu,

(22) Remarque-se que, para a efetiva prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, o princípio *in dubio pro reo* não pode sofrer qualquer limitação. Além de alcançar toda matéria de natureza fática, deve, inobstante tradicionais posições em contrário, constituir princípio reitor da própria interpretação da lei penal ou processual penal, de modo que, diante de diferentes possibilidades interpretativas, se escolha a menos gravosa para o réu. Sobre as discussões a respeito deste tema, pode-se consultar Julio Maier, na obra já citada em notas anteriores, especialmente p. 256 a 269.

com relação à existência ou à inexistência de qualquer das circunstâncias que a tais elementos digam respeito.

Voltando-se, agora, ao processo penal, tome-se a hipótese, já aqui tratada, de um crime de furto.

Sabe-se que para ser procedente o pedido formulado em uma ação em que este seja alegado, é necessário que existam: 1) uma subtração dolosa de coisa alheia móvel; 2) o especial fim de agir, consistente na intenção de assenhoreamento, isto é, de se apropriar, de se fazer dono, de fazer sua ou de terceiro ("para si ou para outrem") a coisa que se subtrai; 3) uma lesão significativa ao patrimônio do proprietário ou possuidor da coisa subtraída; 4) a contrariedade daquela conduta com a ordem jurídica, revelada por sua realização em circunstâncias em que ausente qualquer permissão legal; 5) a reprovabilidade daquela conduta, revelada, em síntese, pela capacidade de compreensão de seu caráter ilícito e pela normalidade das circunstâncias de sua realização.

Todos estes elementos se fazem necessários para a configuração do crime de furto, a ausência de qualquer deles constituindo negação da existência do direito de fazer valer o poder do Estado de punir, alegado pelo autor, por faltar condição intrínseca para sua formação, negação esta que não envolve qualquer arguição de exceção de direito material, assim, conforme as próprias regras dos incs. I e II do art. 333 do CPC, nenhum ônus probatório recaindo sobre o réu, com relação à existência ou à inexistência de qualquer das circunstâncias que a tais elementos digam respeito.

A equivocada e corriqueira afirmação de que ao Ministério Público (ou ao ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa) caberia apenas provar a tipicidade e a autoria da conduta imputada, exigindo-se do réu a prova de eventual causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade, ainda costuma se valer de outro argumento, igualmente vazio e discrepante da garantia consubstanciada na chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Tentando se socorrer das relações entre regra e exceção, entre normalidade e anormalidade, na linha da tradicional lição de Malatesta de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, esgrime-se o argumento de que, provada a tipicidade de uma conduta, presumir-se-ia a antijuridicidade e a culpabilidade, porque o comum seria que a conduta típica fosse também ilícita e culpável.²³

Ora, neste ponto, poder-se-ia mesmo partir do questionamento desta imaginada regra, desta suposta frequência de se terem condutas típicas ordinariamente antijurídicas e culpáveis, frequência que só parece existir na distorcida visão daqueles que, repetindo e alimentando um ideologicamente dirigido senso comum, atuam, no processo, produzindo e admitindo acusações, como se a infração penal consistisse unicamente na tipicidade.

(23) Este argumento é utilizado, por exemplo, por Tornaghi. Veja-se o que consta às p. 468 e 469 do vol. 3 de suas *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1978.

Mas, o que mais importa aqui é a incompatibilidade de tal suposição com a garantia da chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. O Estado Democrático de Direito convive com uma única presunção, em matéria penal ou processual penal, exatamente esta chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Constitucionalmente construída a situação de inocência, reconhecida a todos os indivíduos, cujo desfazimento, como já assinalado, só pode se dar através do pronunciamento jurisdicional irrecorrível, em que, observados os ditames da cláusula fundamental do devido processo legal, vier a ser afirmada a prática da conduta punível e imposta a pena, inviabilizam-se quaisquer outras presunções que o legislador ou os aplicadores da lei insistam em instituir, pois a estas sempre estará sobreposta a presunção de inocência ou de não-culpabilidade.²⁴

Nada há, portanto, a se presumir, diante da comprovação da prática de uma conduta penalmente típica. Feita esta comprovação, tem ainda o autor da ação penal condenatória o ônus de comprovar, isto é, de afastar quaisquer dúvidas quanto aos fatos demonstrativos de que aquela conduta se realizou em circunstâncias reveladoras de sua antijuridicidade e da culpabilidade de quem a praticou, para só assim poder ver afirmada a procedência do pedido de condenação formulado. O ordinário, o comum, as supostas generalidades não encontram espaço na ação penal condenatória, até porque se cuida, em matéria penal, de condutas individualizadas, que, ao contrário, dizem respeito ao particular, ao concreto, podendo sempre acabar se revelando inusitadas, extraordinárias ou incomuns.

5. A demonstração da existência da infração penal e de ter sido o réu seu autor: a natureza dos fatos a serem alegados e provados

Na ilegítima e injurídica tentativa de inverter as regras de distribuição do ônus da prova, para fazer recair sobre o réu o encargo de provar a ocorrência de circunstâncias que, dizendo respeito à exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, dizem respeito à própria configuração ou não da infração penal, cuja alegada realização fundamenta o direito que o autor da ação penal condenatória quer ver reconhecido, costuma-se argumentar que a presença de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade se consubstanciaria em afirmações de fatos positivos, que haveriam de ser, assim, alegados e provados pelo réu, a alegação e a prova da ausência de tais causas excludentes não podendo caber ao autor da ação penal condenatória, porque dele se estaria exigindo que alegasse e provasse fatos negativos.

Com tal insustentável argumentação, começa-se por ignorar a estrutura da infração penal, repisando-se o mesmo distorcido senso comum que supõe consistir esta em mera realização de conduta adequada a um tipo penal, assim se pretendendo esgotar a alegação da prática de uma infração penal com a simples descri-

(24) Veja-se a nota 17.

ção de fatos demonstrativos da tipicidade (e, às vezes, sem nem mesmo abranger toda a matéria típica, não sendo incomum encontrar descrições restritas a fatos indicativos do mero aspecto objetivo do tipo legal), como se a antijuridicidade e a culpabilidade, ao invés de serem igualmente afirmadas, através de material fático demonstrativo da contrariedade à ordem jurídica e da normalidade das circunstâncias, que as caracterizam, devessem apenas ser negadas, mediante a alegação de circunstâncias que as excluíssem.

Além da ignorância da estrutura da infração penal, exhibe-se o retorno a máximas medievais, como a que deu origem ao aforismo *negativa non sunt probanda*, esquecendo-se não só que a antijuridicidade e a culpabilidade são qualidades (e, portanto, algo em que o lado positivo aparece como predominante) da conduta identificável como infração penal, mas ainda que afirmação e negação, fatos positivos e negativos, como há muito se reconhece, são pólos que se encontram na mesma alegação.

De Chiovenda vem a lição de que, via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, pois quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Exemplificando, mostrava que quem diz *imóvel*, diz *não-móvel*, quem diz *escravo*, diz *não-livre*, da mesma forma que quem diz “este tecido não é vermelho” não é de se considerar, só por isso, negador, porque, na realidade, afirma que o tecido é de outra cor, que ele poderia determinar, como quem diz que “uma casa *não está voltada para o norte*” está, ao mesmo tempo, afirmando que a casa *tem outra posição*.²⁵

Sobre afirmações e negações, fatos positivos e negativos, remarca o Professor Afrânio Silva Jardim, dando ênfase ao tema da antijuridicidade: “Há negação, por parte da defesa, tanto quando nega o fato principal (conduta ou núcleo verbal do tipo), como quando nega as suas circunstâncias (fatos circundantes do fato principal), caracterizadoras ou não de sua ilicitude. O réu, ao dizer que matou de uma determinada forma que justificaria a sua conduta típica, não está acrescentando fato ao *thema decidendum*, mas apenas negando aquelas circunstâncias narradas na denúncia. Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual ‘alegação’ deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa”.

Prosseguindo, traz o Professor Afrânio Silva Jardim exemplo esclarecedor, no campo da autoria: “Quando o réu apresenta um álibi, dizendo que no dia e hora do crime se encontrava em lugar distante, não está alegando fato positivo diverso, mas apenas negando o que lhe é atribuído na denúncia. Assim, a dúvida sobre se ele estava ou não naquele lugar distante nada mais é do que a dúvida sobre se ele estava no lugar afirmado na denúncia ou queixa. É intuitivo. Desta maneira, ao sustentar tal álibi, o réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a

(25) Na edição em português das *Instituições de direito processual civil*, Campinas : Bookseller, 1998, Trad. Paolo Capitanio, consulte-se a p. 446 do vol. 2.

acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou”.²⁶

Na mesma linha, o autor da ação penal condenatória há de ter descrito e, assim, alegado, em sua petição inicial, as circunstâncias do fato que estariam a indicar a antijuridicidade e a culpabilidade, componentes da infração penal que atribui ao réu. Se este, ao se defender, disser que agiu em circunstâncias configuradoras de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade, tampouco estará alegando fatos positivos diversos, mas apenas negando o que originalmente afirmou o autor da ação penal condenatória e fez constar da imputação, vinda na petição inicial. A afirmação do réu de que agiu em circunstâncias configuradoras de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade em nada difere de afirmações suas que descaracterizem a tipicidade, ou que afastem a autoria, equivalendo, ainda, à mera negação genérica da prática da infração penal que lhe é atribuída, bem como ao próprio silêncio, nenhum ônus lhe cabendo quanto à prova, em qualquer destas hipóteses, sempre valendo repetir que é sobre o autor da ação penal condenatória, conforme as próprias regras dos incs. I e II do art. 333 do CPC, que recaí o ônus de provar a prática da infração penal, em todos seus elementos, e sua autoria.

Em tese, nenhuma dificuldade se apresenta para a produção de uma tal prova. Retome-se, neste ponto, a hipótese, já considerada, de alegação, pelo autor da ação penal condenatória, da prática de um crime de furto de determinada quantia em dinheiro. Conforme antes mencionado, o autor desta hipotética ação penal condenatória, demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, as circunstâncias de que o bem subtraído, de valor significativo em relação ao patrimônio do ofendido, se destinou ou se destinaria à compra de bens supérfluos, bem como as circunstâncias de que o réu conhecia a proibição, estava regularmente empregado, com renda suficiente para viver dignamente, sem estar passando por qualquer situação perturbadora de sua tranquilidade, assim podendo se abster da realização da conduta proibida, estaria demonstrando a ocorrência do crime de furto e a daí derivada existência do direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, como alegado na inicial.

Cabe remarcar que a demonstração das circunstâncias configuradoras da antijuridicidade e da culpabilidade – como ocorre com qualquer outra matéria fática – não se faz com generalidades e abstrações, havendo que se indicar e analisar, com a mesma minúcia concernente à autoria e à tipicidade, as provas que, afastando toda dúvida, realizam tal demonstração. Especialmente no que concerne à culpabilidade – por essência, individualizada e individualizadora, o princípio que a consagra constituindo, exatamente, expressão do princípio individualizador, constitucionalmente assentado (inc. XLVI do art. 5.º da Carta de 1988) –, faz-se imperativa a concretude, de forma a se avaliar, através das

(26) Tais afirmações constam do trabalho, já referido em nota anterior, “O ônus da prova na ação penal condenatória”.

circunstâncias do caso concreto, dadas pelas provas produzidas no processo, se aquela pessoa que realizou o injusto agiu livremente, podendo compreender a ilicitude de sua conduta e podendo se autodeterminar de acordo com tal compreensão, de modo que se fizesse exigível conduta diversa da praticada e de modo que, dada a normalidade da situação em que realizado o injusto, se manifestasse a necessidade da pena.

Sentenças condenatórias em que, como não é incomum encontrar, após avaliação restrita a provas concernentes à autoria e à tipicidade, faz o juiz, pura e simplesmente, genérica afirmação de que inexistem quaisquer causas excludentes da antijuridicidade e da culpabilidade, são sentenças nulas, por manifesta desobediência ao dever de motivação.

Recordando a assertiva de Chiovenda de que a questão do ônus da prova reduz-se, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que, considerados existentes pelo juiz, devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda,²⁷ se há de, mais uma vez e sempre, repetir a afirmação de que é sobre o autor da ação penal condenatória que recai o ônus de afastar qualquer dúvida sobre a existência da infração penal, com todos os elementos que a integram, a mera existência de fatos configuradores de conduta adequada a um tipo penal não bastando para induzir o juiz a acolher a demanda, mas somente a certeza quanto a ser o réu responsável pela prática de uma infração penal – isto é, de uma conduta típica, ilícita e culpável – podendo conduzi-lo a pronunciar a procedência do pedido de condenação, o que, naturalmente, também está a implicar no dever do juiz de expor os elementos de prova de que se valeu para formar esta certeza quanto à veracidade dos fatos e circunstâncias demonstrativos de ser o réu responsável pela prática da infração penal, assim expondo os elementos de prova demonstrativos da certeza que formou quanto à veracidade dos fatos e circunstâncias caracterizadores, não só da autoria e da tipicidade, mas igualmente da antijuridicidade e da culpabilidade, indispensáveis ao reconhecimento da infração penal.

⁽²⁷⁾ Veja-se tal assertiva à p. 449 do mesmo vol. 2 da edição da obra de Chiovenda, referida em nota anterior.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

CONTORNOS DE UMA DOUTRINA TELEOLÓGICO-RACIONAL DO CRIME

SELMA PEREIRA DE SANTANA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A concepção de ação: 2.1 O conceito pessoal da ação – 3. O tipo: 3.1 Os encargos do tipo; 3.2 Tipo objetivo e subjetivo: 3.2.1 Tipo objetivo; 3.2.2 Tipo subjetivo – 4. A antijuridicidade: 4.1 A Antijuridicidade e o injusto; 4.2 O elemento subjetivo das causas de justificação – 5. Responsabilidade e culpabilidade: 5.1 A culpabilidade como atuação injusta em face da existência de exequibilidade normativa – 6. Outros pressupostos de punibilidade – 7. Algumas críticas à doutrina Teleológico-Racional pelos Doutores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade: fundamentos de uma construção funcional, teleológica e racional do conceito de fato punível: 7.1 As funções atribuíveis ao conceito de ação dentro de um sistema categorial-classificatório; 7.2 O tipo-de-ilícito: a tipicidade, a antijuridicidade e as causas de justificação; 7.3 A localização sistemática do dolo e da negligência: tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa; 7.4 O tipo-de-culpa. A responsabilidade e a culpabilidade por Claus Roxin; 7.5 A punibilidade – Bibliografia.

Resumo: O trabalho consiste em uma apreensão dogmática da Doutrina Teleológico-Racional do crime, na perspectiva de Claus Roxin, sobre as vertentes dos significados de ação, tipo, antijuridicidade e responsabilidade. Em sua parte final, condensa as críticas formuladas por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, da Universidade de Coimbra.

Palavras-chave: Sistema – Política criminal – Tipicidade – Antijuridicidade e culpabilidade.

1. Introdução

É questão considerada praticamente pacífica, atualmente, no âmbito do Direito Penal, a relevância do “Sistema” no tratamento dogmático das questões que àquele são próprias.

Isto porque se tem como indiscutível que as vantagens de um pensamento sistemático superam, e em muito, as desvantagens, também existentes, reconhecidamente decorrentes da mesma sistematização.

Sobre as primeiras delas, o penalista espanhol Gimbernat Ordeig¹ já havia escrito, afirmando: “La dogmática jurídico-penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales (...)”.

Ressalte-se, entre outros argumentos, que a reunião e a estruturação de todos os pressupostos da punibilidade, em um sistema dogmático, têm a vantagem de simplificar a análise de um caso concreto; o “Sistema” permite uma aplicação unitária, a simplificação e o melhor uso do Direito; e, por fim, a sistematização da matéria jurídica viabiliza uma elaboração criadora e o desenvolvimento do próprio Direito.

O Sistema é, assim, é um elemento irrenunciável de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito, ainda que se reconheçam nele desvantagens, tais como o emprego de conceitualismos excessivamente abstratos, ou quando se reconheça corra ele o perigo de deixar de ser justo no caso concreto, na medida em que, dentro de um sistema fechado, impede-se a percepção de melhores concepções.²

Numa ligeira análise da história da dogmática penal dos últimos dois séculos, constata-se que a “Doutrina do Crime”, que constitui a parte mais importante da Teoria Geral do Direito Penal, não tivera, ainda, o condão de fornecer uma apreciação unitária de seu objeto essencial.

A dogmática jurídico-penal alemã, até os idos dos anos 60, atravessava por crise estrutural, em razão da constante polêmica entre os causalistas e finalistas. É que havia, nesse momento da história da dogmática, uma supervalorização do pensamento sistemático, e entendia-se que a elaboração do sistema consistia na missão mais importante do Direito Penal. Com este ponto de vista, concluía-se que quaisquer considerações de ordem criminológica ou político-criminal deve-

(1) Apud Claus Roxin. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Civitas, 1997. t. I, p. 207.

(2) Conforme Claus Roxin: “Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del contexto sistemático puede suceder que padezca la justicia en el respectivo caso concreto. Tomemos el ejemplo tan discutido del error de prohibición, o sea, el supuesto de que un sujeto no sea consciente de la antijuridicidad de su actuación. Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese *dolus malus* era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho) (cfr. n. 13 s.). Por consiguiente, quien erróneamente considerara permitida su conducta objetivamente prohibida, según esa concepción no habría podido ser castigado por un hecho doloso sino a lo sumo por uno imprudente, pero por falta de incriminación de la comisión imprudente por regla general habría quedado impune incluso en caso de error de prohibición vencible”. Cfr. Claus Roxin, op. cit., p. 210.

riam ser, de antemão, afastadas, uma vez que constituiriam elas objeto de outros ramos de ciência.

“Con esto se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico, fuera cierto lo que desde el punto de vista criminológico o político-criminal era falso, o a la inversa, incurriendo así en una especie de ‘averroísmo’ científico.”³

Todavía, em que pesem às grandes conquistas alcançadas pelas Escolas anteriores, notadamente a Finalista, surgiria, na Alemanha, por volta dos anos 70, movimento renovador, tendo em Claus Roxin seu mais destacado representante; seria ele, Claus Roxin, que já se havia manifestado em tantas outras oportunidades sobre o exagero dos adeptos do finalismo, porquanto pretendessem eles, a partir da concepção ontológica da ação, resolver todos os problemas do Direito Penal, quem apresentaria em seu trabalho *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, 1972), as bases e vertentes desse neo-entendimento, pelo prisma da função político-criminal.

No mesmo diapasão, o ilustre autor, através de sua grande obra *Derecho penal – Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, legaria à dogmática do Direito Penal uma das maiores conquistas do século XX.⁴

Em vista das equivocadas deduções que os sistemas anteriores tinham apresentado, era imperioso, para Roxin, buscar um método científico que partisse mais do problema concreto, e que oferecesse possibilidades de resolvê-lo justa e adequadamente. Impunha-se-lhe, conseqüentemente, demonstrar que a formação de um sistema jurídico-penal não poderia vincular-se a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade etc.), mas guiar-se pelas finalidades do Direito Penal.

(3) Francisco Muñoz Conde, na introdução da monografia de Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1972. p. 5.

(4) Dispõe Claus Roxin, op. cit., p. 203: “Sobre esa base, en este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho Penal, pero se ilustrará a propósito de la función de las categorías sistemáticas básicas en un primer esbozo ya en este parágrafo (n. 53 y ss.). Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva (ibidem, p. 204). La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo... Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la ‘culpabilidad’ a la categoría de la ‘responsabilidad’ (ibidem, p. 204)”.

Para o autor, portanto, um moderno sistema de Direito Penal haveria de estar estruturado teleologicamente, construído em atenção a finalidades valorativas, reitoras, de um sistema de Direito Penal, do tipo político-criminal.

Claus Roxin, dirigindo seu pensamento em direção diametralmente oposta ao entendimento vigente da época, entendeu que as questões de ordem político-criminal formam parte do próprio conteúdo da Teoria Geral do Delito, mesmo porque as discussões de filigranas jurídicas das escolas anteriores tinham conduzido a um diminuto rendimento, de ordem prática, no contexto social.

Para ele, a política criminal, que inclui, outrossim, os métodos adequados para a luta contra o delito, viabiliza a missão social do Direito Penal. Daí que, reinterpretando o que antes houvera afirmado Franz von Liszt (*El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal*⁵), Roxin defende que a ligação do Direito Penal à finalidade político-criminal não pode contradizer-se, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social, que não formam contrastes irreconciliáveis, senão constituem uma unidade dialética.

Para Roxin, a vinculação jurídica e a finalidade político-criminal devem ser reduzidas a uma unidade do Sistema do Direito Penal. Daí por que as tradicionais categorias do delito, tais como ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, devem ser compreendidas e desenvolvidas sob a perspectiva de uma função político-criminal.

Por seu turno, Sergio Moccia, catedrático de Direito Penal da Universidade de Salerno,⁶ defende que um sistema de Direito Penal orientado axiologicamente por princípios de política criminal, tende a converter-se em uma construção dogmática próxima da realidade, caracterizada por ordem conceitual e por clareza.

Segundo ele, a estreita comunicação entre as normas jurídicas e a realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspire a expressar uma lógica assumida por seus destinatários e que, coerentemente, persiga perspectivas de viabilidade. Por tanto, é tarefa do sistema a busca de valorações adequadas à matéria e sua descrição para fazê-la clara, ordenando-a em suas conexões estruturais e normativas. Seguindo esta ordem de idéias, pode-se afirmar, com segurança, que a dogmática penal tende a desembaraçar-se daqueles caracteres quase esotéricos que significavam um notável embaraço para o seu desenvolvimento. Acrescente-se a isso que a política criminal assume, outrossim, a função garantística de delimitação da intervenção punitiva estatal.

Jorge de Figueiredo Dias, confesso admirador dessa concepção Teleológico-Racional do Direito Penal, conquanto tenha entendimentos divergentes em relação à mesma, não deixa de reconhecer que o grande mérito de Claus Roxin resi-

(5) Apud Claus Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Op. cit., 1972. p. 15.

(6) Sergio Moccia et alii. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995. p. 81-82.

de, exatamente, no fato de ele haver criado o mais humano de todos os sistemas de Direito Penal: um sistema que aspire à mais alta concordância prática possível entre a lógica do social e a justiça individual, com o qual se respeite, sempre, a pessoa.⁷

2. A concepção de ação

Cumpre-nos, pois, partindo do início, conceituar a ação.

Para a Escola Teleológico-Racional é fato notório que aquelas outras que a antecederam não tiveram a capacidade de conceber a ação de forma unitária, que respondesse harmonicamente a todas as questões próprias e peculiares da Dogmática Penal. Em sendo assim, e num esforço de atingir tal escopo, Roxin elenca os requisitos que deve possuir uma neoconcepção da ação, capaz de superar as lacunas até então existentes, como, outrossim, as incongruências conceituais já aduzidas.

Para Roxin, a ação deve constituir o “elemento básico do Direito Penal”. Isso significa que deve ser concebido um supraconceito que abarque, no seu bojo, todas as formas de condutas humanas que tenham relevância para o Direito Penal. Com isso, nesse conceito, devem estar incluídos, lado a lado, tanto os crimes dolosos como os imprudentes, tanto os comissivos como os omissivos.

O conceito de ação deve constituir, outrossim, um “elemento de enlace ou união”, na medida em que vincula a si todas as categorias do delito. Dessa forma, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade, bem como a punibilidade, todas são predicados valorativos dela própria, a ação.

O conceito de ação deve funcionar, ainda, como “elemento limite”, porquanto, por intermédio dele, se deve excluir tudo quanto não se preste para uma investigação jurídico-penal (v.g., ato de animais, pensamentos etc.).

2.1 O conceito pessoal da ação

Para Roxin a ação é concebida como “manifestação da personalidade” do homem, significando, pois, tudo aquilo que se pode atribuir ao ser humano, tendo-o como um “centro anímico-espiritual de acción”.⁸

Dá que certas condutas, advindas de uma manifestação puramente corporal, isto é, somática, do indivíduo (p. ex.: um atirador militar que, em exercício, e no

(7) Jorge de Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995. p. 456-457.

(8) Segundo Claus Roxin: “Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como ‘manifestación de la personalidad’, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano

momento de atirar, tem seu braço, inesperada e violentamente, deslocado para outro sentido, e vem a matar uma pessoa), não podem ser consideradas como ações, uma vez que não estavam elas submetidas ao controle do agente; não são objeto de uma instância anímico-espiritual do ser humano, razão por que não podem ser consideradas como manifestações de sua personalidade.

Raciocinando diversamente, mas conduzindo à mesma conclusão lógica, deve ser notado que os pensamentos – pertencentes à esfera espiritual-anímica do ser humano desde que não expressos, não são manifestações da personalidade e, em razão disso, não podem ser considerados como ações.

Para Roxin, o conceito pessoal de ação é um conceito normativo, porquanto o critério de manifestação da personalidade designa, de antemão, o aspecto valorativo decisivo, que é o que importa juridicamente para o exame do mesmo. Ademais, ele tem o condão de, em grande parte, atender aos requisitos que julga necessários na conceituação desse tema, e na sua importância reflexa num sistema jurídico-penal.

No estudo da questão, todavia, cumpre distinguir:

a) O conceito pessoal de ação como elemento básico:

O conceito pessoal de ação, como “manifestação da personalidade” do ser humano abrange todas as condutas relevantes para o Direito Penal (dolosas, imprudentes, comissivas, omissivas). O conceito pessoal da ação é, pois, idôneo como elemento básico.

b) O conceito pessoal de ação como elemento de enlace ou união:

De acordo com Roxin,⁹ o conceito de ação, como “manifestação da personalidade”, se prende a uma maneira pré-jurídica de entendê-la, sem, contudo, afastar-se de um entendimento ordinário da vida, de um modo naturalista (ex., movimento muscular) ou normativista, e, ao mesmo tempo, abarcando o fragmento da realidade relevante para uma primeira e prévia valoração jurídica.

como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ('somática') del hombre, o 'del ámbito material, vital y animal del ser', sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones *de la personalidad*, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la 'persona'. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son *manifestaciones* de la personalidad y por tanto no son acciones”. Cfr. Claus Roxin, op. cit., p. 252.

(9) Op. cit., p. 256.

Esta concepção pessoal da ação pode, dessa forma, ter a ela vinculadas todas as demais valorações jurídico-penais. Daí que descrever um delito como manifestação de personalidade típica, antijurídica e culpável se ajusta, com exatidão, à situação real.

Um conceito de ação que realize esta função de enlace, não deve olvidar-se dos dados e circunstâncias reais a que se ajusta a realidade em que está inserido o homem, e que compreende não somente os elementos corporais e psíquicos, mas, outrossim, outras categorias valorativas, privadas, sociais, jurídicas, éticas, que co-determinam as manifestações da personalidade.

c) O conceito pessoal da ação como elemento-limite:

A concepção da ação como “manifestação da personalidade” humana exerce, ainda, a função de elemento-limite, uma vez que se presta a estabelecer na constelação dos acontecimentos as condutas que serão abarcadas, ou não, pelo Direito Penal.

Dessa forma, são excluídos o fazer dos animais, os atos das pessoas jurídicas (já que não possuem o centro psíquico-espiritual), pensamentos e disposições de ânimo que permaneçam na esfera interna; igualmente, as atitudes em que o corpo humano foi usado tão apenas somaticamente, desprovido que estava do centro anímico-espiritual (v.g., ataques de epilepsia, movimentos violentos em razão de narcose etc.).

3. O tipo

No que se refere ao tipo, Roxin considera que a sua função político-criminal consiste na *concretização do princípio da legalidade*.

Segundo ele, o legislador se serviria de dois métodos diferenciados na elaboração dos tipos penais: o primeiro se realizaria através da descrição, ao mais completa e precisa possível, da ação, o que daria margem à criação dos denominados *delitos de ação*; o segundo, que se caracteriza por não interessar ao legislador a qualidade externa da conduta, tipifica infrações às exigências comportamentais, derivadas do papel social que o agente desempenha, o que criaria os denominados *delitos consistentes na infração de um dever*.

No tipo penal, em tese, se valoriza a ação, do ponto de vista da necessidade abstrata da pena. O fim político-criminal da cominação seria, então, a prevenção geral. Essa finalidade preventiva geral conduz a uma dupla interpretação:

a) Todo tipo penal deve ser interpretado de acordo com o fim da lei (teleologicamente), de maneira que sejam totalmente abarcadas as condutas desaprovadas legalmente;

b) Uma prevenção geral, para ser eficaz, necessita que a lei seja a mais precisa possível, como, aliás, exige o próprio princípio da legalidade.

A prevenção especial é alijada desse momento teórico, uma vez que a mesma pressupõe um criminoso em concreto, específico, que, nessa fase, não existe ainda e, portanto, não desempenha nenhum papel.

3.1 Os encargos do tipo

Depois de toda a construção dogmática, até então, realizada sobre o tipo penal, entende-se que ele exerce as funções sistemática, dogmática e político-criminal.

A função sistemática do tipo consiste em dizer que ele abarca, segundo Beling, "El compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata",¹⁰ como de dá, v.g., no Código Penal português, que, através do seu art. 131.º, refere-se à ação de matar outra pessoa, e, no art. 136.º, descreve o crime de infanticídio.

A função político-criminal, já abordada anteriormente, significa que, na medida em que as condutas consideradas proibidas sejam descritas em tipos penais, se concretiza o princípio *nullum crimen sine lege*. Ademais, o tipo penal cumpre, em desdobramento, uma função de garantia, porquanto ao estabelecer, preliminarmente, as condutas reprovadas penalmente, oferece, ao indivíduo, referências ético-comportamentais, como também lhe proporciona segurança do ponto de vista policial e processual.

A função dogmática do tipo consiste em descrever os elementos cujo desconhecimento exclui o dolo. Essa missão é realizada pela própria lei, ao referir-se a que, na realização de um fato, quem desconhece alguma circunstância própria do tipo legal não atua dolosamente. Assim, é de ser observado que a distinção entre erro de tipo, que exclui o dolo, e erro de proibição (que só exclui facultativamente a culpabilidade) pertence aos fundamentos básicos da dogmática jurídico-penal.

3.2 Tipo objetivo e subjetivo

A Escola Teleológico-Racional tem como certo que a ação típica constitui, sem qualquer sombra de dúvida, uma unidade de fatores internos e externos que não podem ser separados. Daí a afirmação de que há elementos típicos puramente objetivos, como há, outrossim, elementos típicos puramente subjetivos.

3.2.1 Tipo objetivo

Ao tipo objetivo pertence sempre a referência de um agente, de uma ação típica e, quando houver, a descrição do resultado; conseqüentemente, para um melhor delineamento e entendimento do tipo objetivo, faz-se mister ressaltar a coexistência, nele próprio, de elementos denominados *descritivos* e *normativos*.

(10) Apud Claus Roxin, op. cit., p. 277.

Entende-se, tradicionalmente, como *elementos descritivos* aqueles que re-produzem determinado fatos, como processos corporais ou psíquicos, e que são verificados, de modo cognoscitivo, pelo Juiz – assim como matar, subtrair, destruir etc. Diferentemente, têm-se como *elementos normativos* aqueles outros cuja concorrência pressupõe uma valoração – como as expressões “alheio”, “decoro”, “indevidamente”, “bons costumes” etc.

Ocorre, então, que diante de um elemento objetivo – parte integrante do tipo penal, fixada pelo legislador –, a postura do juiz seria a de verificá-lo cognoscitivamente. Nos elementos típicos normativos cuida-se de pressupostos do injusto típico, que podem ser detectados tão-só mediante um juízo de valor da situação de fato.

Observa-se, hodiernamente, que tem aumentado, e muito, a presença de *elementos normativos* do tipo. Tal constatação pode, infelizmente, conduzir à diminuição da precisão e firmeza do tipo, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos busca estabelecer.

Roxin considera, entretanto, que o critério tradicional de distinção entre esses elementos do tipo objetivo não pode ser considerado, de forma absoluta, porquanto situações há em que os mesmos apresentam-se como se estivessem mesclados. Daí por que, se por razões de ordem terminológica, pretenda-se estabelecer uma delimitação conceitual de cada qual, recomenda ele que seja adotado o critério de Engisch.¹¹

Segundo este último autor, qualificam-se como *elementos normativos* aqueles que somente podem ser representados e concebidos sob o pressuposto lógico de uma norma jurídica ou social. Tal se dá, v.g., na conceituação de expressões como “indevido”, “bons costumes”, “alheio”. De outra forma de entendimento, expressões como “ser humano”, “integridade física”, “coisa”, “edifício” têm existência autônoma, independentemente, pois, de qualquer contexto normativo, e por isso, podem ser denominadas de *elementos descritivos*.

3.2.2 Tipo subjetivo

Na Teoria Geral do Crime, no atual estágio, há a concepção de que um tipo subjetivo, composto do dolo e de outros elementos subjetivos (que não ocorrem em todos os tipos, e que se manifestam em formas variadas) – subsume-se no tipo penal, ainda que originariamente fosse dominante o entendimento de que somente os elementos objetivos o compusessem.

Deve ser lembrado que, no desenvolvimento da Teoria Geral do Crime, foram reconhecidos, inicialmente, os elementos subjetivos do injusto como componentes do tipo. O dolo – inicialmente concebido como uma forma de manifesta-

(11) Apud Claus Roxin, op. cit., p. 307.

ção da culpabilidade – passou a integrar o tipo, a partir do surgimento da Escola Finalista.

Para Roxin, o dolo consiste no conhecimento (saber) e a vontade (querer) da realização dos elementos do tipo objetivo.

Por outro lado, o reconhecimento da existência de outros elementos subjetivos do tipo penal – independentemente do dolo – deriva da concepção do tipo, como espécie do injusto.

Roxin exemplifica com a hipótese de que quem subtrai uma coisa móvel, sem o ânimo de apropriação antijurídica, não está realizando o injusto típico, e não está cometendo uma subtração punível.¹²

O grande problema referentemente a esses outros elementos subjetivos do tipo, antes de se entrar na discussão a respeito de sua existência ou não, reside na dificuldade de sua delimitação com os elementos da culpabilidade.

Argumenta o autor que de nada adiantaria uma diferenciação, com base na circunstância de que os elementos subjetivos do tipo fundamentam ou reforçam o juízo de desvalor social sobre o fato, exatamente porque esse mesmo juízo de desvalor social não distingue, na realidade, o injusto da culpabilidade.

Para ele, o melhor critério para proceder à delimitação seria, exatamente, a referência ao tipo delitivo. Explicando melhor, um elemento subjetivo pode caracterizar o tipo delitivo ao referir-se ao bem jurídico protegido, ou caracterizando o objeto da ação típica. Assim, utilizando-se o exemplo anteriormente dado, caso houvesse o ânimo de apropriação antijurídica, a intenção do agente dirigir-se-ia diretamente à propriedade como bem jurídico, o que caracterizaria o tipo delitivo.

Diferentemente, quando um elemento não se refere ao tipo delitivo, mas somente descreve os motivos, sentimentos e atitudes internas, estamos diante de elementos da culpabilidade. Tal ocorre, v.g., com um assassinato motivado por ódio racial. Este último elemento, móvel do crime, constituiu um elemento de culpabilidade, já que é independente do bem jurídico protegido pelo tipo penal – a vida humana.

Reconhece Roxin, contudo, que, ainda que haja vantagens nessa delimitação, com reflexos imediatos para a teoria da participação, a mesma pode apresentar, perante situações concretas, algumas dificuldades:

A primeira delas concentra-se na circunstância de que seria equivocado classificar um determinado elemento, em abstrato, como elemento subjetivo ou elemento da culpabilidade. A análise há de ser dada perante cada tipo penal. Tal se dá porque um determinado elemento pode, em um tipo, consistir um elemento subjetivo e, entretanto, em outro, um elemento da culpabilidade.

A segunda refere-se à hipótese de que é incorreto incluir no injusto os elementos subjetivos, sempre que os mesmos pretendam um resultado no mundo

⁽¹²⁾ Op. cit., p. 311.

exterior, e reservar para a culpabilidade aqueles elementos que sejam puramente internos.

4. A antijuridicidade

A antijuridicidade constitui uma propriedade da ação típica, ou seja, sua contradição com as proibições e mandatos do Direito Penal. Uma conduta típica é antijurídica, se não há qualquer causa de justificação que exclua a sua ilicitude.

Uma ação antijurídica é formalmente antijurídica, na medida em que contraria uma proibição ou mandato legal; e é materialmente antijurídica, na medida em que se plasma em uma lesão de bens jurídicos, sendo socialmente nociva e que não se pode combater suficientemente com meios extrapenais.

Para a doutrina cujos contornos estão sendo ligeiramente abordados, a função político-criminal da antijuridicidade vem a ser a *solução social de conflitos*. O meio através do qual o legislador se serve para superar a problemática social dos conflitos consiste, segundo Roxin, em um conjunto de princípios materiais ordenadores, que, combinados diferentemente entre si, acabam por determinar o conteúdo das causas de justificação.

Dessa forma, a sistematização das causas de justificação só se torna possível, na medida em que se combinem estes princípios de ordenação social (v.g., princípio da ponderação de bens, princípio do prevalecimento do Direito, princípio da autonomia, princípio da autoproteção etc.).

Assim, na justificante legítima defesa, os princípios ordenadores são o da autoproteção (todos têm o direito de defender-se de ataques proibidos), o da prevalência do Direito (o Direito não tem, nem pode ceder ao injusto), bem como o princípio da proporcionalidade.

A missão da sistemática consiste, pois, em elaborar, de modo o mais completo possível, os princípios reguladores sociais que, diferentemente do tipo penal, não se encontram adstritos ao princípio da legalidade, podendo mesmo advir de todo e qualquer ramo do Direito, seja o legal, seja o consuetudinário.

4.1 A antijuridicidade e o injusto

Os conceitos de antijuridicidade e do injusto, segundo a doutrina Teleológico-Racional, não se confundem, embora, anteriormente, fossem eles interpretados como expressões equivalentes.

Já vimos que, para Roxin, a antijuridicidade penal consiste numa característica de uma ação típica, que se encontra em desacordo com as proibições e mandatos do Direito Penal.

Diferentemente, e mais amplamente, até, se entende por injusto penal a própria ação típica e antijurídica.

Deve ser alertado, contudo, que, para a doutrina em estudo, a antijuridicidade não constitui uma categoria própria e específica do Direito Penal, mas de todo o ordenamento jurídico. Pode ocorrer, v.g., que haja condutas antijurídicas para o Direito Civil e que, entretanto, para o Direito Penal, sejam absolutamente irrelevantes. O mesmo raciocínio pode ser feito, conseqüentemente, para o injusto, tanto que pode haver, além do injusto penal, injusto civil, bem como o administrativo etc. O injusto poderia, em tese, ser definido como toda danosidade, ou nocividade social, concreta e intolerável, de uma conduta.

Com base nessas premissas, é certo afirmar, de acordo com Roxin, que a maioria das causas de justificação não estão reguladas pelo Direito Penal, e que seus efeitos justificantes tampouco valem somente para o este ramo do Direito. É mais certo, porém, dizer-se que é inegável que as causas excludentes de antijuridicidade têm sua maior importância prática, em caso de intromissões em bens jurídicos penalmente protegidos.

4.2 O elemento subjetivo das causas de justificação

Para a doutrina clássica, as excludentes da ilicitude tinham caráter meramente objetivo. Isso quer dizer que a caracterização de sua incidência requereria, tão apenas, a satisfação de seus requisitos de ordem objetiva. Assim, a ocorrência da legítima defesa ou do estado de necessidade estaria condicionada somente às condições estabelecidas nos textos legais.

Posteriormente, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deveria revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante. Dessa maneira, não seria suficiente que o fato apresentasse os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. Seria necessário, adicionalmente, que o agente conhecesse a situação justificante. Caso contrário, inexistente esse elemento subjetivo, não incidiria a causa discriminante, subsistindo a antijuridicidade e, em conseqüência, o crime.

E Roxin deu continuidade a esse entendimento do finalismo. Para que se tenha como ocorrida uma causa de justificação é imprescindível que o indivíduo atue objetivamente, realizando o perfil delineativo da discriminante, mas, também, com conhecimento da situação de fato justificante. A consciência de se realizar algo conforme o Direito, além do atendimento dos requisitos de ordem objetiva, elidem, por si, o desvalor da ação e portanto, o injusto.

Além de adotar esse entendimento, Roxin adita a essa idéia básica, como fizeram alguns finalistas, a possibilidade de ocorrência de concurso de motivos, que não exclui a discriminante. O concurso de motivos ocorre naquelas situações em que o indivíduo conhece objetivamente a situação justificante, e dela se aproveita para fins diversos, como, v.g., vingar-se, não agindo assim, exclusivamente, com a vontade de praticar a ação justificada. Nessa hipótese, permanece íntegra a causa de justificação, haja vista que seria inadmissível confundir-se motivo com finalidade.

A esse respeito, a jurisprudência alemã já se manifestou, exigindo que a motivação do sujeito seja a finalidade própria e específica da justificativa, ainda que ela não seja a única.

5. Responsabilidade e culpabilidade

Uma das grandes inovações concebidas por Roxin vem a constituir a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade.

À culpabilidade tradicional se deve associar, no seu entender, sempre, a necessidade preventiva, geral ou especial, da pena, de forma que as duas categorias darão lugar à responsabilidade pessoal do sujeito, que desencadeia a imposição da sanção penal.

Através da “Responsabilidade” se inquire se um indivíduo que, embora tenha cometido uma ação típica e antijurídica, não justificada, venha a merecer, necessariamente, ou não, uma pena. A “Responsabilidade” traduz uma valoração do ponto de vista de tornar responsável penalmente um sujeito.

O precursor da doutrina sob estudo acena com exemplo por demais esclarecedor, demonstrando que, para se concluir sobre a “Responsabilidade” e o conseqüente merecimento da pena, haverão de concorrer, necessariamente, os pressupostos da culpabilidade, como os da prevenção geral ou especial.

Assim sucede com o estado de necessidade desculpável. Nele, o agente não somente atuou antijuridicamente, como, outrossim, poderia ter procedido de outra forma e, em razão disso, se comportou culpavelmente. Ocorre, porém, que diante da inoccorrência de nenhuma hipótese excepcional, a impunidade não se fundamentará na ausência de culpabilidade (o que não foi a hipótese), mas no fato de que o legislador considera que, em determinadas situações, não existe uma necessidade da pena, nem de prevenção geral ou especial, razão pela qual fica excluída a “Responsabilidade”.¹³

Pela perspectiva, pois, da “Responsabilidade” de Roxin, a concepção básica político-criminal não se aplicará ao fato, porém, ao delinqüente, enquanto que se pergunta por sua necessidade individual da pena.

5.1 *A culpabilidade como atuação injusta em face da existência de exequibilidade normativa*

De acordo com a concepção abordada, pode ser afirmado que o indivíduo atua culpavelmente: quando estava ele disponível, no momento do fato, para a chamada da norma, segundo seu estado mental e anímico; quando lhe eram psi-

(13) Op. cit., p. 222.

quicamente exeqüíveis possibilidades de optar por uma conduta conforme o Direito e, por fim, quando a possibilidade (livre e determinada) psíquica de controle que existe em um adulto são, existia no caso concreto.

A exeqüibilidade normativa significa que o sujeito possui capacidade de comportar-se de acordo com a norma, tornando-se culpado quando não adota nenhuma das alternativas de condutas psicicamente exeqüíveis para ele.

Para Roxin, essa concepção da culpabilidade tem as vantagens de restringir o Direito Penal ao absolutamente indispensável socialmente, e em pôr um limite ao poder punitivo do Estado.

Segundo ele, a paz social decorre da expectativa de que aos indivíduos é induzido, através das proibições e mandatos, o comportamento de acordo com o Direito.

Quando ocorre a infringência dessas normas, através do cometimento do injusto, surgem situações de descontentamento, e, às vezes, de perigo à paz e à segurança sociais, que se elidem através da imposição de penas aos sujeitos.

Afirma-se que a concepção apresentada restringe o Direito Penal ao absolutamente necessário socialmente, tendo-se em vista, v.g., condutas antijurídicas cometidas por indivíduos com estado mental anormal ou imaturo.

Segundo ele, essas pessoas, ao infringirem as normas, não provocam nenhuma expectativa social, como não causam, outrossim, comoção à consciência social. Seus comportamentos não servirão como referenciais para eventuais condutas repetidas, porquanto, segundo a opinião pública, a vigência das normas, a paz e a segurança sociais não se acham diminuídas, sequer comprometidas com tais acontecimentos.

Por outro lado, afirmar-se que a culpabilidade, segundo Roxin, põe um limite ao poder punitivo do Estado, decorre da constatação de que a mesma independe de necessidades preventivas, sejam gerais ou especiais.

A neoconcepção da culpabilidade significa uma garantia de liberdade dirigida contra os excessos punitivos do Estado. "El mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable".¹⁴

6. Outros pressupostos de punibilidade

Na moderna dogmática do Direito Penal, há a compreensão generalizada de que toda conduta punível significa uma ação típica, antijurídica, culpável, e que cumpre outros eventuais pressupostos de punibilidade. Dessa maneira, toda conduta punível apresenta quatro elementos comuns – ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, aos quais podem agregar-se, ainda, e em alguns casos, um

⁽¹⁴⁾ Op. cit., p. 812.

ulterior pressuposto da punibilidade para que esta possa, efetivamente, ser desencadeada.

Sob a perspectiva da Escola Teleológico-Racional, uma ação típica, antijurídica e efetuada responsabilmente é, em regra, punível.

Uma quarta categoria delitiva não designa um pressuposto geral da punibilidade e, em razão disso, não pode ela ser considerada como da mesma categoria do tipo, da antijuridicidade ou da responsabilidade.

A questão se centraliza quando se afirma que, em alguns tipos concretos, há de concorrer outras circunstâncias para que se dê a punibilidade, ou que a concorrência de determinadas circunstâncias exclui a punibilidade que, em outras hipóteses, normalmente ocorreria.

Segundo Roxin, os restantes pressupostos da punibilidade, que só desempenham papel em poucos preceitos penais, contêm, na realidade, uma decisão sobre a necessidade de punição, de pontos de vista situados fora dos fins da pena, e por considerações alheias ao Direito Penal (v.g., por razões de ordem política ou de Direito Público) se entrecruzam com os objetivos penais.

As circunstâncias que devem ser acrescidas à ação que realiza um injusto responsável, para que se dê margem ao surgimento da punibilidade, se chamam *condições objetivas de punibilidade*. Como exemplo elucidador da mesma, cita-se a atitude do indivíduo que, agindo responsabilmente, ataca representante estrangeiro. Tal atitude leva à inferência automática de que ele é merecedor de punição. Esta, contudo, para efetivar-se concretamente, está na dependência da “garantia de reciprocidade” entre os dois países, bem como, outrossim, do interesse da “manutenção das relações diplomáticas”; e, como é óbvio, não constituem ambas componentes da ação injusta e responsável, entretanto, constituem condições de punibilidade.

Em contraposição às condições objetivas de punibilidade, há as *causas de exclusão de punibilidade* (ou da pena), que são aquelas circunstâncias cuja concorrência exclui a punibilidade, ou cuja não-ocorrência é pressuposto da punibilidade.

Assim, e sob esta segunda perspectiva, observe-se que se as injúrias de um parlamentar ficam impunes, tal ocorrência não pode ser explicitada do ponto de vista jurídico-penal, mas, tão-somente, pelo fato de que se pretende que o trabalho parlamentar, a sua livre expressão, não sejam impedidos por processos de injúrias ou receio quanto aos mesmos. É, portanto, uma finalidade jurídico-política que dá suporte a essa causa de exclusão de punibilidade.

7. Algumas críticas à doutrina Teleológico-Racional pelos Doutores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade: fundamentos de uma construção funcional, teleológica e racional do conceito de fato punível

“No que toca a maneira de aqui ver as coisas, porém, nem por isso se qualificará com razão de ‘intermediário’ um tal esboço sistemático, como se ele repre-

sentasse uma qualquer *via per mezzo* entre aquelas duas construções.¹⁵ Decerto, esta nova concepção sempre será reconduzível ou a uma 'normativização da finalidade' (*Stratenwerth*) ou inversamente a uma 'finalização da normatividade' (*Engisch*). Mas a intenção nela implícita não deve reduzir-se à vontade de cortar ao meio entre dois extremos, antes radica numa posição de céptico *relativismo* (assim de novo *Engisch*) tanto sobre a estrutura ôntica dos conceitos jurídicos, como sobre o domínio ilimitado das valorações normativas. O sistema emergente aparece, por outro lado, comandado pela convicção de que a construção do conceito de facto punível há-de apresentar-se como decisivamente *teleológica, funcional e racional*, possuindo a partir daqui, como já aliás, por diversas vezes, se procurou mostrar, os seus próprios postulados e determinando os seus específicos desenvolvimentos.¹⁶

7.1 As funções atribuíveis ao conceito de ação dentro de um sistema categorial-classificatório

Todas as discussões dos últimos tempos, referentes à doutrina do fato punível, têm centrado, entre outros aspectos, sua atenção para a adoção de um conceito "geral" de ação, que assuma o caráter de conceito superior, *genus proximus*, abrangente de todas as formas possíveis de comportamentos puníveis.

Essa atitude se explica pelo fato de que, até então, havia uma insistente postura, baseada no entendimento de que a ação deveria, necessariamente, servir de base autônoma e unitária da construção do sistema, capaz ela de suportar as predicações posteriores de tipicidade, antijuridicidade, da culpa e da punibilidade, sem, entretanto, pré-determiná-las.

Se assim fosse, esse conceito "geral" de ação haveria de cumprir uma pluralidade de funções, que segundo a concepção de Hans-Heinrich Jescheck,¹⁷ assim seriam sistematizadas:

(15) Referem-se às construções de raízes normativista e finalista.

(16) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Direito penal* – Apontamentos de estudo da cadeira de Direito Penal – 3.º ano, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 243.

(17) Sobre a pluralidade das funções do conceito geral da ação, Hans-Heinrich Jescheck: "El concepto de acción debe satisfacer diversas *exigencias* para cumplir correctamente su función en la estructura global de la teoría del delito. Esta es la razón por la que encierra tales dificultades la respuesta a la pregunta, aparentemente sencilla, de lo que sea una 'acción'. Todas las modalidades del actuar humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho Penal –el comportamiento doloso así como el imprudente, el hacer positivo así como el omitir– deben hallar cabida en el concepto de acción (*función de clasificación*). El concepto de acción ha de poseer, además, tanto contenido material que los conceptos sistemáticos jurídico-penales de tipo, antijuridicidad y culpabilidad puedan conectarse con él como aclaraciones pormenorizadas (*función de definición*). Aquél no debe, empero, adelantar los elementos

1. *Função classificatória.* Para tanto, o conceito de ação teria que assumir o caráter de conceito superior que, por isso, abrangesse todas as formas de manifestação de comportamento punível, e representasse o elemento comum a todas elas;

2. *Função de definição e ligação.* Para bem cumprir esta função, o conceito de ação teria de possuir a capacidade de abranger todas as predicções posteriores (tipicidade, antijuridicidade, culpa e punibilidade) sem, entretanto, as pré-determinar, ou seja, sem antecipar o significado específico de cada uma delas;

3. *Função delimitadora.* O conceito de ação haveria de viabilizar que, com base nele, se excluíssem todos os comportamentos que, desde o início, e independentemente das predicções posteriores, fossem irrelevantes para o Direito Penal.

Para os críticos, as exigências que se fazem, e que, segundo eles, devem ser feitas, ao conceito de ação, parecem contraditórias, uma vez que as mesmas mutuamente se excluem. Assim, se o conceito deve assumir uma função de classificação, parece que a sua conformação deve ser imputada a um sistema pré-jurídico, seja ele o sistema ôntico-final ou o normativo-social. Mas, como pode o conceito exercer uma função de “definição e ligação”, sem que, em medida alguma, antecipe ele e pré-determine o significado material de suas predicções?

O conceito normativo pessoal de ação, de Roxin, concebido como capaz de realizar a totalidade das funções sistemáticas que dele se espera, é traduzido na “expressão da personalidade” e, por isso, contém “tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro anímico-espiritual”.

Embora se reconheçam aspectos meritórios nessa concepção, a primeira crítica a ela dirigida centra-se no fato de que ela não exerce a “função de ligação”, porquanto o comportamento humano só pode muitas vezes constituir-se como “expressão da personalidade”, na base sua prévia valoração como juridicamente relevante,¹⁸ antecipando-se, nesta parte, a sua tipicidade.

A esta primeira crítica acresce-se outra, de que o conceito de ação de Roxin não remete para qualquer sistema pré-jurídico e não tem, por essa razão, capacidade para ser um conceito superior, apto para abranger todas as formas possíveis de comportamento punível (forma dolosa ou negligente, ativa ou passiva) e representar um elemento comum a todas elas.

Por fim, o conceito pessoal, como, aliás, qualquer outro conceito “geral” de ação, não é capaz de cumprir a função de delimitação. Tal se afirma em razão de

generales del delito, porque, si no, éstos volverían a disolverse en el terreno genérico de la imputación, según fue entendida por el Derecho común (*función de enlace*). Por último, el concepto de acción prescinde desde un principio de aquellas formas de comportamiento que en ningún caso aparecen como merecedoras de pena (*función de delimitación*). Cfr. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 197.

(18) Como reconhece o próprio Roxin, que defende, porém, que tal circunstância não torna, por parte do conceito pessoal da ação, de todo inexecutível o cumprimento de sua função de ligação.

que não é qualquer conceito que realiza a função de delimitação. Na realidade, são os resultados da delimitação que se reputam corretos (na maioria das vezes obtidos em função das exigências do tipo) que, depois, vão ser atribuídos aos conceitos, ao seu conteúdo e a seus limites.

Sob esta última perspectiva, não há dúvidas de que acontecimentos naturais, atos praticados *por vis compulsiva* e tantos outros não sejam considerados como “expressões da personalidade”. Mas, já não se compreende por que não possam ações jurídico-penalmente relevantes, sob certas condições como, v.g., comportamentos de pessoas coletivas, atos reflexos ou automatizados etc. – ser considerados “expressões de personalidade”: “Se o são ou não, é coisa que em definitivo, deverá depender das exigências típicas e não de qualquer conceito geral de ação”.¹⁹

Os críticos entendem, conclusivamente, e conscientes das dificuldades enfrentadas pelos adeptos das concepções anteriores, que o caminho compatível com a realidade atual dirige-se à constatação do *dever renunciar-se a colocar como elemento básico do sistema um conceito geral de ação*.²⁰

Isso significa que a doutrina da ação deve, na construção do conceito do fato punível, ceder primazia à doutrina da ação típica ou da realização do tipo. Ao conceito de ação passa a caber apenas a função de integrar, no âmbito da teoria do

(19) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 254.

(20) Sobre a ideia de o conceito de ação não dever ser elemento básico de um sistema, Figueiredo Dias sustenta: “Con ello rechazo admitir el valor prioritario del concepto de acción, tal y como, por algún tiempo, fue situado en la construcción del sistema. Estoy convencido de que un concepto semejante, como siempre se ha presentado – como naturalístico, normativo, final, social o personal –, no se puede erigir, uniformemente, como figura comprensiva de todas las formas de aparición del hecho penal (doloso e imprudente, activo u omisivo); del mismo modo que tampoco se le puede conservar como concepto preexistente con naturaleza propia e independiente del tipo, sin posteriormente predeterminar las categorías del sistema. Nos encontramos en el momento en que la teoría del delito, en este ámbito, termine de creer que puede encontrar su última *Thule* en los resultados de una abstracción generalizada y clasificadora. Opino, con Schunemann, que es imprescindible proporcionar al concepto general de acción un papel de segundo rango en el sistema: exclusivamente, la función negativa (o una ‘función delimitadora’, para hablar como Jakobs), que excluya de la construcción del sistema las formas de conducta que *ab-initio* son penalmente irrelevantes. Y, con todo eso, aún se tiene que actuar con el cuidado adecuado para no dejar fuera del sistema, apriorísticamente y de modo definitivo e injustificable, formas de conducta, como las de las personas jurídicas, que, como ya ha señalado aquí de nuevo Faria Costa, en el Derecho portugués, así como también en otros muchos países europeos, son autor idóneo de hechos penales. Para un sistema funcional y ‘racional-teleológico’ no sería convincente, tal y como opino, atribuir sólo al individuo la capacidad de acción en sentido penal. Ello supondría una formulación doctrinal precipitada, seguramente una fatalidad para la construcción de un sistema de Derecho Penal europeo”. Cfr. Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., 1995. p. 450.

tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de atuação, dotando ele, tão-somente, de uma certa (e restrita) função de delimitação.

“Daqui resulta que a própria função de delimitação não deve ser desempenhada por um conceito geral de acção, antes deve sê-lo por vários conceitos de acção tipicamente conformados. Não se elimina com isto, claro, o relevo do conceito de acção; só que ele perde autonomia e, deste modo, capacidade para se arvorar em pedra-base do sistema. O conceito de acção não é – não pode, nem deve ser – algo de previamente dado ao tipo, mas apenas um elemento, a par de outros, integrante do cerne dos tipos-de-ilícito. A partir daqui torna-se inevitável – e sem que esta atitude deva ser censurada como ‘resignação’ (como pretende Roxin), antes louvada como posição teleologicamente positiva e funcionalmente adequada – assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente correspondente, repete-se, à função de delimitação ou função ‘negativa’ de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes; enquanto a primazia há-de ser conferida, sem hesitação, ao conceito de realização típica do ilícito e à função por ele desempenhada na construção teleológica do facto punível.”²¹

7.2 O tipo-de-ilícito: a tipicidade, a antijuridicidade e as causas de justificação

Tem sido dominante o entendimento, inclusive na Escola Teleológico-Racional, de que o tipo penal constitui o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime. Isso quer dizer que a tipicidade representaria o primeiro e autônomo predicativo da ação.

Dessa forma, sob essa concepção, e diante de uma conduta aparentemente relevante para o Direito Penal, haveria que, num primeiro momento, avaliar se a mesma possuiria uma relação de correspondência com o tipo penal, e somente num segundo instante, concluir-se-ia sobre sua antijuridicidade, ou não, em razão da ocorrência de alguma causa de justificação.

Jorge de Figueiredo Dias entende, porém, que, diversamente do que tem sido concebido e realizado, a tipicidade deve ceder primazia à antijuridicidade. Isto é, a prioridade deve caber à ilicitude, considerada, agora, como ilícito-típico ou (o que significa a mesma coisa) o tipo-de-ilícito.²²

(21) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 256.

(22) Sobre a prioridade da antijuridicidade, Figueiredo Dias: “Arrancando da idéia de que o tipo não é uma entidade estranha e independente da ilicitude, antes sim – em consciente oposição às teses de Beling e de Welzel – *ab initio* um tipo-de-ilícito, vem sendo feito um decidido esforço para, mesmo nesta base, se distinguir tipo e ilicitude por forma tal que a fronteira sirva ao mesmo tempo de delimitação mútua de um erro sobre o tipo e de um erro sobre a proibição. Para bem revelarmos a direcção em que um tal esforço se dirige importa, porém, que tentemos situar melhor esta doutrina dentro das suas coordenadas. Reconhece-se hoje que ela teve o seu germe em um

Roxin, diferentemente, defende a prioridade do tipo, argumentando que este traduz “a acção avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstracta da pena (isto é, ‘independentemente da pessoa do agente e da situação concreta da acção’) e se assenta, assim, na finalidade político-criminal, de natureza geral-preventiva, de motivar a omissão de acções proibidas (ou de realização das acções impostas); enquanto no ilícito se trata da consideração da acção típica concreta, com a inclusão nela de todos os seus elementos reais caracterizadores, baseada, entre outras, na finalidade político-criminal de solucionar conflitos de interesse jurídico-penalmente relevantes”.²³

Os fatores que justificam e determinam, segundo o eminente crítico, o primado da antijuridicidade sobre o tipo, na construção teleológico-funcional do crime, residem, exatamente, na função própria do Direito Penal (de proteção subsidiária de bens jurídicos) e na justificação da intervenção penal.

Segundo ele, através da categoria do ilícito, ou antijurídico, traduz-se o desvalor jurídico-penal de uma conduta concreta. Só a partir daí é que o tipo adquire o seu verdadeiro significado.

O tipo seria, então, a “irradiação do ilícito”, ou, na lição de Eduardo Correia – o “portador da valoração de um comportamento como ilícito”.²⁴

aprofundamento da tese de M. E. Mayer segundo a qual o tipo, ainda que só excepcionalmente, contém ‘elementos normativos’ cuja especificidade estaria em se não limitarem a revelar ou indiciar a ilicitude, constituindo a sua mera *ratio cognoscendi*, mas irem até ao ponto de a *fundamentar*, sendo a sua verdadeira *ratio essendi*; pois assim – ao menos na medida do reconhecimento de tais elementos, que aliás a partir de M. E. Mayer não deixou de aumentar – logo ficava afastada a ideia de que o tipo constituiria tão-só o ‘objecto de valoração da ilicitude’. Daqui à afirmação de que o tipo é afinal, ele próprio e na sua unidade, a *ratio essendi* da ilicitude distava só um passo que grande parte da doutrina alemã, conduzida por Hegler e Sauer e robustecida por adesões prestigiosas como a de Mezger, não tardou a dar. Afirmção cujo mérito, para nós, não está tanto em exprimir idéias como a de que o tipo é o verdadeiro ‘criador’ de uma específica ilicitude criminal ou a de que o tipo se ‘identifica’ com a ilicitude, ou sequer na pretensão de reabilitar a doutrina dos elementos negativos do tipo, mas, sobretudo, no pleno reconhecimento de que a tipicidade não pode ser afirmada ou negada independentemente da valoração da ilicitude e de que, portanto, esta se não deixa, relativamente à concepção daquele, ‘pôr ente parêntesis’; ou, por outras palavras, no pleno reconhecimento de que, em perspectiva normativo-material e metodológica, o tipo não ‘precede’ (como em Beling e Welzel) a ilicitude, mas constitui um *posterius* relativamente a ela, ‘mostra a ilicitude em regra existente’ (Hegler), é a ‘tipicização da ilicitude’ (Sauer), é o ‘interposto da valoração jurídico-criminal’ (Eduardo Correia)”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias. *O Problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra Ed., 1995. p. 86-88.

(23) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 261.

(24) De acordo com José Francisco de Faria Costa. *O perigo em direito penal*. Coimbra Ed., 1992. p. 429 *et seq.*: “O tipo tem um valor instrumental no desenvolvimento histórico enquanto técnica consolidada de mais bem preservar a segurança e a liber-

O raciocínio do Doutor Jorge de Figueiredo Dias serve-se, para efetivar a sua concretização, de dois instrumentos que funcionalmente se completam, porém, estruturalmente, apresentam-se como entidades diversas: os *tipos-incriminadores* e os *tipos-justificadores*.

Os primeiros constituem “o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à *fundamentação* do ilícito (*Stratenwerth*) e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado como ilícito”.

Os segundos, os tipos-justificadores (ou causas de justificação), “que, servindo igualmente à concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carácter de limitação (‘negativa’) dos tipos-incriminadores. Também os tipos-justificadores constituem, no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo de ilícito (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma,

dade dos cidadãos. Por isso desempenha a nobilíssima função de tipo de garantia. Contudo, por força da sua inquestionável proeminência, no contexto das relações sistemáticas que a dogmática penal desenvolve, o tipo é condição *sine qua non* para que a ilicitude se possa expressar, isto é, condição para que o ilícito entre no discurso jurídico-penal relevante. De sorte que a antijuridicidade penalmente relevante não está fora do tipo, mas sempre expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos pelo tipo (...). Decorre daí que o ilícito não está dependente da ausência de uma causa de justificação (idem, p. 435). Gossel diz-nos que as causas de justificação ‘não afastam, porém, a ofensa antinormativa do bem jurídico – antes a pressupõem. Com efeito, só uma ofensa antinormativa de bem jurídico pré-existente pode, excepcionalmente, justificar-se num plano superior: o que não chegou sequer a ser antinormativo, não carece de qualquer justificação’ ... Assim, estamos perfeitamente de acordo com Gossel quando defende que as causas de justificação pressupõem a antijuridicidade (...). O que se pode desde logo afirmar em sentido contrário à posição de Gossel é que o antinormativo é imorredouramente antinormativo e nada o pode justificar. Uma negação não se pode transformar em afirmação. Acontece que ao assumir-se este discurso biunívoco não nos podemos furtar a dele também aceitar as consequências. Daí que o que sempre se mostrou como negação não é a justificação que vai alterar para afirmação. Por outras palavras: se o acto foi desde o princípio materialmente ilícito mantém-se ilícito e nada o alterará. Mas, afinal, o que é a justificação? Dir-se-á, de forma muito simples, que se justificam, isto é, que se apresentam razões materiais, factos que a ‘imediata’ valoração parece apontar no sentido da antinormatividade, mas que, sujeitos a uma apreciação global, dão uma exacta conformidade ao direito. Justificar é explicar as razões por que aconteceu um determinado facto ou por que se teve certa conduta (op. cit., nota 167, p. 437). Se o juízo objectivo sobre a conduta é um juízo de licitude (porque funcionou uma causa de justificação), quer isso significar duas coisas: primeiro, que a partir daí, aquela conduta é irrelevante para o Direito Penal, e, em segundo lugar, que só aparentemente é que ela foi ilícita. Em rigor, materialmente um tal comportamento nunca preencheu o ilícito-típico”. (Op. cit., p. 436-437.)

susceptíveis de tipificação) e podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*) tipos".²⁵

7.3 A localização sistemática do dolo e da negligência: tipo-de-ilícito e tipo-de-culpa

A questão abordada nesse item diz respeito à localização sistemática do dolo e da negligência no tipo-de-ilícito ou, antes, na culpa.

Duas razões sugerem a localização do dolo e da negligência ora no tipo-de-ilícito, ora no tipo-de-culpa.

A primeira advém da importância que o dolo exerce no âmbito da tentativa do fato punível. Assim, sem que haja o conhecimento e a vontade de realização do tipo-de-ilícito objetivo, torna-se inviável fundamentar tipicamente o ilícito da tentativa. Ora, se assim se dá na realização da tentativa, é de se concluir que o mesmo raciocínio ocorre no crime consumado doloso (que já passou pela fase da tentativa). Dessa forma, inferem os críticos que nada mais é necessário "para poder considerar-se então provado que o dolo-do-tipo é elemento constitutivo de todo e qualquer tipo-de-ilícito subjectivo".²⁶

A outra reside na evidência de que a lei prevê, *v.g.*, sanções penais distintas para o mesmo tipo de crime, exatamente porque foram cometidos ou com dolo, ou com negligência. Ocorre, inclusive, às vezes, que seja sancionado o fato cometido dolosamente, restando, porém, impune o fato negligente correspondente, o que leva à conclusão de que o dolo e a negligência representam graus, formas ou tipos de culpa.

O dolo e a negligência constituem, segundo os críticos, entidades complexas, englobadoras de elementos constitutivos, dos quais "uns relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, outros ao nível do tipo-de-culpa".²⁷ Assim, o *conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objetivo* (o "dolo do tipo" ou o "dolo do fato") deve ser visto como *elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo doloso*, enquanto que a *violação não-dolosa do dever objetivo de cuidado* deve ser considerada como *elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo negligente*.²⁸

Mas, deve ter-se em vista, ainda, que tanto no dolo, como na negligência, há uma autônoma atitude interior, que não pode ser retirada à culpa. No dolo, há uma atitude pessoal "contrária ou indiferente à violação do bem jurídico"; na negligência, há uma atitude pessoal descuidada ou leviana que "torna a inobservância não dolosa do dever objectivo de cuidado em expressão".

(25) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 263.

(26) *Idem*, *ibidem*, p. 266.

(27) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 268.

(28) *Idem*, *ibidem*, p. 268.

Com esse raciocínio, não se pode afirmar, porém, que tanto o dolo como a negligência, enquanto elementos do tipo-de-ilícito subjetivo, deveriam, automaticamente, relevar-se ao nível da culpa, em razão das atitudes pessoais diante das exigências jurídico-penais.

Segundo os críticos, será mais correto concluir que, na realidade, dolo e negligência não se sujeitam a uma dupla valoração no sistema, uma, em sede de tipo-de-ilícito, e outra, em sede de tipo-de-culpa: “é sim a dupla valoração do ilícito e da culpa que intervém na completa modelação do dolo e da negligência”.²⁹

7.4 O tipo-de-culpa. A responsabilidade e a culpabilidade por Claus Roxin

Dirigindo-se à culpa como elemento do sistema do delito, é de ser ressaltado que, sobre esta temática, têm surgido as maiores dificuldades para a construção, segundo os críticos, de um novo sistema penal.

De antemão, mister se faz deixar evidente a oposição dos críticos quanto a uma consideração que, caso fosse aceita, implicaria numa irremediável perda para o sistema: quando se fundamenta político-criminalmente o sistema funcional e “teleológico-racional”, assim se sucede a partir do entendimento de qual seja a finalidade da pena, e, quando se concebe que esta finalidade seja, exclusivamente, de natureza preventiva, depara-se com o seguinte dilema: ou se elimina a culpa como elemento constitutivo do sistema, substituindo-a por categorias outras, como, v.g., a proporcionalidade; ou, se se conserva a categoria da culpa, ela não pode ser outra coisa senão um mero “derivado da prevenção” e seus requisitos (Jakobs).³⁰

Partindo do pressuposto de que as finalidades da pena são de natureza exclusivamente preventivas, afirma-se que só o são porque considera-se o princípio da culpa como “elemento limitador do poder e do intervencionismo estatal”, comandado por exigências irrenunciáveis de respeito³¹ pela dignidade da pessoa.³²

(29) Idem, ibidem, p. 269.

(30) Segundo Gunther Jakobs: “El concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general: se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento)”. Cfr. Gunther Jakobs. *Derecho penal – Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997. p. 584.

(31) Sobre o princípio da culpa como elemento limitador do intervencionismo estatal, Figueiredo Dias: “Es cierto que la culpabilidad no es la única forma posible de protección de la dignidad humana (como se puede reconocer, en seguida, con la legitimidad de la utilización de reacciones de política criminal independientes de la

Se o princípio da culpa consiste numa máxima político-criminal irrenunciável, impõe-se construir um conceito de culpa autónomo, e que se amolde à função que o justifica, qual seja a de limitar a intervenção estatal em nome da defesa da dignidade da pessoa, aceitando, por isso, as consequências decorrentes em matéria de exclusão de culpa.³³

culpabilidad – las medidas de mejora y seguridad del autor inimputable; pero no puede dudarse que la culpabilidad es, para mí, la forma más perfecta y convincente, que hasta hoy ha descubierto el pensamiento penal, y es la mejor garantía teniendo en cuenta que legitima los requisitos de la prevención integradora y de la prevención socializadora para el autor imputable. Por eso veo en el principio de culpabilidad, una cultura legítima – y un principio de la humanidad; y, por este motivo, me es imposible encontrar una alternativa al Derecho Penal de la culpabilidad”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias *et alii*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., p. 453.

- (32) Manoel da Costa Andrade. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Separata. Aequitas Editorial Notícias. p. 180-181: “A culpa deve, em todo o caso, subsistir como pressuposto irrenunciável e como limite inultrapassável da pena. Só a culpa pode impor às exigências de prevenção os limites reclamados pela idéia de Estado de Direito e pela dignidade humana, constitucionalmente protegida. Estruturado em termos de referências próprias, o pensamento preventivo não conhece balizas à sua tensão autopoiética e finalisticamente orientada. Se não já como condição suficiente, a culpa continua ainda a valer como condição necessária da pena e *hoc sensu*, a garantir à pena o princípio de legitimação de que ela carece. De acordo com Schunemann: ‘Só o pensamento da culpa justifica (*berechtigt*) que o Estado responsabilize pessoalmente o indivíduo e lhe aplique sanções que contendem com o núcleo da personalidade’. b) É como actualização da intencionalidade que anima este paradigma do Direito Penal e *no respeito pelos limites dele decorrentes* que há-de projectar-se um sistema funcional da doutrina do crime. Uma cautela que ajudará a infirmar decisivamente a crítica sempre presente ‘de dissolução de todo o sistema de Direito Penal’ (Gossel) e da sua submissão a considerações de puro utilitarismo. Uma crítica já adiantada na conhecida e cáustica denúncia de Hegel (*Grundlinien der philosophie des rechts*): ‘Esta fundamentação da pena é como levantar o pau contra o cão: o Homem não é tratado de acordo com a sua dignidade e liberdade, mas como um cão’. E que hoje se faz sobretudo ouvir em nome da contraposição entre *Wertrationalität* e uma *Zweckrationalität* de realização do Direito Penal. Enfatizando o triunfo de uma ordem instrumental, exclusivamente orientada para a finalidade, indiferente aos ‘valores nuclearmente determinantes no Direito como sistema axiológico’, e que converte o pensamento jurídico em *tecnologia*”.

- (33) “Se puede escuchar frecuentemente, la afirmación de que la culpabilidad se da también, *prima facie*, con el carácter de injusto típico del delito, especialmente cuando se considera el dolo y la imprudencia como elementos del tipo de injusto subjetivo; con lo que la pregunta sobre la culpabilidad prácticamente se limita a su exclusión en ciertas situaciones. Semejante afirmación, cuyo significado práctico se quiere admitir en el proceso de aplicación del Derecho, no posee, a mi parecer, ningún valor científico

Tem sido considerado, embora o que se afirma não possua valor científico seguro, que uma vez comprovado o caráter ilícito-típico do fato penal, estaria confirmada, à primeira vista, a culpa do agente, partindo-se do pressuposto de que tanto o dolo como a negligência constituem elementos do tipo-subjetivo do ilícito.

Ora, já fora visto que dolo e negligência constituem entidades complexas, englobadoras de elementos constitutivos, dos quais uns relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjetivo, e outros ao nível do tipo-de-culpa.

Daí se afirma que a culpa também é dada através de *tipos-de-culpa*, devendo distinguir-se entre tipo-de-culpa doloso e tipo-de-culpa negligente, “cada um com os seus pressupostos próprios e que não se esgotam nos pressupostos do dolo e da negligência como tipos subjectivos de ilícito, que são também”.³⁴

A crítica dirigida a Roxin reside no fato de que o autor substituiu o lugar tradicional do conceito de culpa, no sistema, pela categoria da responsabilidade, que, por seu turno, reuniria duas subcategorias: “a da verdadeira *culpa*, à qual continuaria a ser atribuída a já referida função limitadora do poder do Estado; e a da *carência de pena*, que conduziria em último termo à exclusão da responsabilidade (e assim também da própria culpa) em função da inexistência *in casu* de exigências preventivas a que a pena devesse responder”.³⁵

“É, todavia, fundada a crítica segundo a qual na categoria da responsabilidade se misturam coisas diferentes e porventura nem sempre conciliáveis. Não é só – ou nem tanto – o sentido emblemático (e todavia, como se disse, político-criminalmente insubstituível) da culpa que assim se esbate. Aquilo a que deste modo se abre a porta é à eventual *confusão dos dois planos de análise* que ali se entrecruzam, podendo verificar-se uma intromissão perturbadora de considerações de prevenção ao nível do próprio juízo de culpa, e, assim, a manipulação e perversão do significado político-criminal que reveste a consagração deste. E mais ainda: o não se manterem completamente distintas as exigências da culpa e as da prevenção subverte completamente o *modelo de determinação da medida da pena*. O

co seguro. También la culpabilidad, pienso, se da a través de tipos de culpabilidad y se tiene que probar, como consecuencia de este principio, según el propósito que el autor tiene para con su hecho, independientemente de distinguir entre tipo de culpabilidad doloso o imprudente, cada uno con sus propias condiciones, que no se limitan a las condiciones del dolo y la imprudencia como tipos de injustos subjetivos. Y, sin embargo, es indiscutible que la pregunta sobre las causas de exclusión de la culpabilidad, especialmente las que se pueden clasificar bajo la rúbrica de inexigibilidad, o igualmente, el estado de necesidad subjetivo, ha ocasionado recientemente una revisión profunda de la teoría de la culpabilidad e, incluso, actualmente no está completamente solucionada su problemática”. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Op. cit., 1995. p. 453-454.

(34) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 271.

(35) Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 272.

que é particularmente grave em Direitos como o português, em que se manda que aquela determinação seja feita em função da culpa e da prevenção.”³⁶

7.5 A punibilidade

O conteúdo do sistema do fato punível não se esgota, tão-somente, com o tipo-de-ilícito e com o tipo-de-culpa. Daí afirmar-se que a punibilidade constitui uma categoria que vem completá-lo.

A idéia da *dignidade penal* é que empresta consistência dogmática a esta última categoria.

Em razão disso, questões como a de fatos de bagatela, ou da impunibilidade da desistência da tentativa (art. 24 do CP), passam a ser consideradas como hipóteses desprovidas de dignidade penal. Isso porque, conquanto possam ter sido realizados os tipos-de-ilícito e os tipos-de-culpa, mas sob a perspectiva de exigências de caráter preventivo, os fatos concretos revelam-se “aquém do limiar mínimo da dignidade penal”.³⁷

Segundo os críticos, não pode ser admitido como certo o entendimento de que os conceitos de tipicidade e de ilicitude devam abarcar necessariamente comportamentos dignos de pena.

Por fim, deve ser ressaltado que, uma vez presente a categoria da punibilidade, não significa isto concluir que ocorrerá a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança.

Pode acontecer que a punição acabe por não ser efetivada, em razão de motivos que nada têm a ver com a doutrina do fato penal, mas, autonomamente, com a *doutrina da consequência jurídica* (carência da pena).

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Separata. Aequitas Editorial Notícias, 1991.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra Ed., 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra Ed., 1995.
- . *et alii. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : José María Bosch Editor, 1995.
- e ANDRADE, Manoel da Costa. *Direito Penal – Apontamentos de estudo da cadeira de Direito Penal – 3.º ano, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

⁽³⁶⁾ Idem, ibidem, p. 272.

⁽³⁷⁾ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 274.

- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada : Editorial Comares, 1993.
- MOCCIA, Sergio *et alli*. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Madrid : Civitas, 1997. t. I.
- . *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona : Bosch Casa Editorial, 1972.
- . *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid : Reus, 1976.
- . *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Vega, 1998.

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Abordagem histórica: 2.1 Origem do *habeas corpus* na organização jurídico-política romana; 2.2 Mecanismos de garantia da eficácia da liberdade de locomoção. A experiência histórica inglesa: 2.2.1 A *Magna Charta libertatum* (1215); 2.2.2 O *Habeas Corpus Act* (1679); 2.2.3 O novo *Habeas Corpus Act* (1816) – 3. Abordagem filosófica: 3.1 Direito subjetivo à liberdade e sua positivação – Séculos XVII e XVIII; 3.2 Direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos – Os elementos fundamentais do aparato garantidor – Séculos XVIII e XIX – 4. A tendência contemporânea – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Busca-se, neste artigo, examinar, brevemente, a evolução do *habeas corpus* a partir dos antecedentes históricos deste *writ* constitucional, encontrados na cultura ocidental, cotejando esta análise com os postulados filosóficos que acabam por incorporar a liberdade de locomoção aos fundamentos do Estado Democrático. Examina-se, ainda, as perspectivas de contínua evolução do instituto no ordenamento jurídico supranacional contemporâneo. O objetivo, que acredita-se alcançado, é demonstrar que o remédio heróico como hoje o entendemos é consequência da conjugação de duas conquistas jurídico-político-filosóficas da humanidade: o conceito de liberdade como direito subjetivo do indivíduo e um conjunto de princípios, garantias e direitos destinados a garantir a eficácia e efetividade àquele conceito.

Palavras-chave: *Habeas corpus* – Liberdade – Direitos humanos – Princípios – Garantias – Política – História – Filosofia – Estado democrático – Evolução.

1. Introdução

Nossa proposta é discutir a evolução do *habeas corpus*, hoje erigido à condição de ação constitucional pela Carta Política Brasileira de 1988, *writ* que visa tutelar a garantia à liberdade de locomoção, petrificada no art. 5.º dessa mesma Constituição.

Inicialmente, analisaremos os antecedentes históricos e acompanharemos o desenvolvimento desse instituto processual na cultura ocidental. Optamos por trabalhar nessa fase apenas as doutrinas romana e inglesa, que representam os principais episódios no *iter* que o *habeas corpus* percorrerá até universalizar-se

nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Em seguida, trabalharemos os componentes filosóficos que viabilizaram sua incorporação definitiva ao ideário democrático, seja na etapa de afirmação do *power of locomotion* como direito subjetivo do indivíduo, seja na fase de consolidação dos elementos que pressupõem o exercício e a garantia desse direito. Finalmente, estudaremos o fenômeno de internacionalização do conceito de liberdade individual e de um “aparato garantidor”, de forma a criar um sistema de proteção dos direitos do indivíduo em nível supranacional.

Concluiremos nosso trabalho demonstrando ser o *habeas corpus*, como o conhecemos hoje, produto direto da conquista pelos povos de dois elementos – em cuja indissolúvel reunião repousa sua eficácia e efetividade –, que são: a um, o conceito de liberdade enquanto direito inerente ao homem; e, a dois, a existência de um conjunto de princípios e direitos – denominado “aparato garantidor” – voltado para a efetivação do primeiro pressuposto. Apontaremos, ainda, o atual panorama dessa conquista no ordenamento jurídico internacional contemporâneo, opinando criticamente quanto ao rumo que tomará seu próximo passo evolutivo.

2. Abordagem histórica

Conforme dito acima, nossa análise histórica se cingirá ao estudo das experiências romana e inglesa. Muito embora Grinover e outros (1996, p. 340) refiram-se ao direito ibérico, apontando as origens do *habeas corpus* fora da Inglaterra e em épocas anteriores a 1215, como na Carta de Seguro do Direito Lusitano antigo e no procedimento Aragonês denominado *Manifestación de Personas* – citados também por Sabino (1964, p. 23), Frederico Marques (1997, p. 347) e Tourinho Filho (1999, p. 516) –, preferimos abordar apenas as fontes que consideramos de maior repercussão na história do direito ocidental.

Com efeito, devemos à civilização romana a criação de um procedimento judicial, que representa o mais antigo ancestral do *habeas corpus*; por outro lado, sua moderna conformação foi calcada nas bases filosóficas contidas na Magna Carta, e nos atos que a sucederam. Desse modo, pretendemos assinalar os dois momentos mais importantes na gênese do *habeas corpus*, que acreditamos não ter sido integralmente delineado no direito romano, mas tampouco foi criação original do direito inglês.

2.1 Origem do *habeas corpus* na organização jurídico-política romana

A tese à qual nos filiamos, de que o *habeas corpus* teve origem autônoma nas leis romanas, encontra respaldo nas lições de Sabino (op. cit., p. 19), e Pinto Ferreira (1988, p. 21), respectivamente:

“O que se sabe de positivo é que a mais antiga manifestação legal da garantia da liberdade humana, pelo menos do homem livre, encontra-se no direito roma-

no, insere no Livro 43, Título 29 do Digesto, representada pelo interdito *De homine libero exhibendo*: (...);”

“Assim sendo, já entre os romanos, começou a existência de um remédio processual que tomaria posteriormente a sua plenitude com o *habeas corpus* no direito moderno.”

Tal posicionamento, contudo, é alvo de várias críticas¹ – no sentido de apontar a Carta Magna inglesa como o momento primeiro da origem do *habeas corpus*, devendo, pois, ser desprezada a experiência romana como o inicial germe do mecanismo de proteção da liberdade de locomoção. Podemos resumir tais críticas em três pontos principais: a) a noção de direitos humanos, bem como os conceitos de Estado de direito e garantia constitucional, são conquistas recentes da humanidade, não tendo sido trabalhadas pelos romanos; b) o *habeas corpus* estaria, necessariamente, vinculado a tais conceitos descritos acima; e, por fim, c) a concepção moderna da liberdade individual é totalmente diferente daquela presente na organização social romana. Sendo nossa opinião discrepante do exposto acima, nos permitiremos refutar tais considerações.

Inicialmente, conquistas como ordenamento jurídico constitucionalizado, Estado de direito, e concepção dos direitos humanos como inerentes a todos os seres humanos (fruto de uma racionalidade subjetivista), só seriam alcançadas na própria Inglaterra alguns séculos após a outorga da Carta Magna. Ademais, tais conceitos estão contidos na idéia que definimos anteriormente como “aparato garantidor” cuja função foi a de dotar de plena eficácia o instituto do *habeas corpus*, não criá-lo. Quanto à “necessária vinculação” destes fatores com a gênese do *habeas corpus*, nada mais é do que tentativa frustrante de suportar ou reafirmar o argumento inicial. A própria história inglesa se presta a espantar dúvidas. A Magna Carta, datada de 1215, não surgiu juntamente com a concepção de Estado de direito, ou de direitos humanos, até porque foi uma pequena conquista dos barões sobre o soberano inglês, situação que por si só repele inexoravelmente as idéias de regime constitucional e Estado de direito.

No que tange à terceira afirmação, embora a noção de liberdade individual existente na república romana – herdada da cultura grega² – estivesse afastada daquela que nascia na Inglaterra do século XIII, o caráter político da deontologia grega significava um enorme avanço em termos de liberdade política do cidadão. Em outras palavras, se não havia liberdade individual a ser protegida, havia, porém, os elementos de participação política, cujo exercício pelos nobres ingleses culminaria por afirmar a liberdade individual na ilha britânica. Por fim, a existên-

(1) Edson Arruda Câmara. “O *habeas corpus* e o *interdictum de homine libero exhibendo*”. *Revista de Informação Legislativa* 92. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1986.

(2) Calçada, sobretudo, nos ensinamentos de Platão e nos escritos de Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, 1973; e *A política*, 1991), a filosofia grega tinha caráter eminentemente deontológico, como também reafirma Corbisier (1991), ao discorrer sobre a principal obra do estagirita no campo da ética.

cia da escravidão na organização social romana não elimina a possibilidade de existência de um mecanismo voltado para a proteção da liberdade individual. Em nossa própria história ocorreu semelhante situação, pois o *habeas corpus* foi formalmente positivado no Código Criminal de 1832, sendo a escravidão abolida apenas cinco décadas após.

Inicialmente contrariadas estas críticas – às quais tornaremos a nos referir –, podemos apontar ao menos dois importantes legados da justiça romana que influenciaram, de forma inequivocamente violenta, o (re-)surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra: por um lado, a liberdade civil e política na doutrina romana, e por outro, o *interdictum de homine libero exhibendo*.

O primeiro ponto a ser considerado é a concepção, presente na tradição jurídico-política romana (eis que fortemente influenciada pelos gregos Platão e Aristóteles), de que o cidadão poderia, e deveria, participar do poder político e da condução do governo. A participação política nos assuntos públicos era um dever de todos. Aqueles que pertencessem às diferentes classes de cidadãos, deveriam participar no governo segundo sua classe social.³

Como leciona o Min. Moreira Alves (1995, p. 98; grifamos) “No direito Romano, os homens são livres, ou escravos. *A liberdade é regra, a escravidão é exceção*”. Por conseguinte, todo romano que não fosse escravo era um cidadão apto a adquirir direitos e contrair obrigações. Interessante assinalar que, no direito pré-clássico,⁴ os romanos não poderiam ser transformados em escravos em seu território natal, mesmo se incorressem nas causas de escravidão (deserção, insolvência de dívida, prisão em flagrante, captura pelo inimigo, dentre outras). Assim, o romano que transformado em escravo devido a captura, ao retornar a Roma tornava-se novamente livre.

A liberdade de locomoção – como corolário do conceito de liberdade individual –, entretanto, não era direito intrinsecamente assegurado aos homens livres, pois que na filosofia dominante de então (de cunho deontológico, naturalista e holista⁵), não havia a preocupação com direitos individuais. Os direitos decorriam da posição que o indivíduo ocupava na sociedade, não sendo qualidades inerentes ao ser humano. No mesmo sentido, há o ensinamento de Greco Filho (1989, p. 23-25):

“O homem em face do Estado já é visto com individualidade, mas a concepção foi eminentemente política, intelectual e filosófica, de modo que não se

(3) Cícero, *Da república*, 1985, p. 137-180.

(4) O direito pré-clássico corresponde àquele em vigência durante grande parte da república, várias vezes modificado durante o período imperial; anterior, portanto, ao Código do Imperador Justiniano.

(5) O holismo contrapõe-se ao individualismo na medida em que o primeiro valoriza a subordinação hierarquizada dentro da comunidade, a relação homem/homem e o elemento político, ao passo que o segundo enfoca o indivíduo como personificação da humanidade, e relação homem/coisa material e o elemento econômico.

indagou a respeito de direitos do homem como indivíduo contra o Estado"; e ainda:

"A concepção filosófica grega, todavia, é evidente que historicamente condicionada, não concebeu sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da 'pólis', por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado."

Portanto, quando falamos de um conceito de liberdade da antigüidade influenciando o pensamento moderno nos referimos sobretudo à liberdade política, ou à prática de participação ativa das diversas camadas populares na gestão do governo. A faculdade de não ser preso, detido ou exilado senão por uma ordem exarada pelo magistrado competente só foi garantida no momento em que barões impuseram uma lei ao soberano, exercitando a forma mais conhecida de participação política, qual seja, a produção legislativa. Esta seria, sem dúvida, a principal conquista da Carta Magna, como veremos no próximo capítulo.

O segundo ponto que inquinamos como precedente histórico indispensável na gênese do *habeas corpus*, proveniente da tradição jurídica romana, e que nos propusemos a demonstrar, é o *interdictum de homine libero exhibendo*.

Os interditos (*interdicta*) eram previstos no direito pré-clássico, ou pré-Justiniano, como procedimentos judiciais a serem utilizados para pôr fim a conflitos entre cidadãos. Diferenciavam-se das ações, embora fossem ambas medidas de busca por justiça e meio de resolução de conflitos (Cug, 1928). Os *interdicta* e estipulações pretorianas eram os instrumentos que possuía o pretor para reger as diferenças entre dois cidadãos quando suscitado por um deles. O interdito, devido ao seu rito simplificado e sua curta duração, ajustava-se melhor a casos em que houvesse premência de uma solução rápida. Se o interdito lançado não obtivesse sucesso, poderia ser, então, "ajuizada" uma ação, com o mesmo objetivo.

Os interditos poderiam ser proibitórios (criadores da obrigação de não fazer), restituitórios (obrigação de dar) e exhibitórios (obrigação de fazer, especificamente de exibir ao magistrado algo, ou alguém). Acreditamos que a modalidade de interdito denominada *interdicto de homine libero exhibendo* é a mais antiga manifestação do procedimento jurídico de onde evoluiria o *habeas corpus*. Logicamente, como é natural da produção humana na seara jurídica, tal mecanismo sofreu diversas e profundas alterações nos vários séculos que se passaram desde então, incluindo períodos de restrição de seu uso e alcance, e de ampliação de seu campo de aplicação.

O *interdicto de homine libero exhibendo* foi criado na época republicana romana através de Editto do pretor e sua finalidade era complementar a Lei *Fabia*.⁶

(6) A Lei *Fabia* estabelecia pena de 50.000 sestércios contra aquele que seqüestrasse, se apoderasse, comprasse ou vendesse um cidadão romano, um liberto ou um escravo de propriedade alheia; também contra quem instigasse um escravo a rebelar-se contra seu

Constituía o interdito numa ordem expedida pelo magistrado competente com o objetivo de colocar em liberdade um homem livre indevidamente detido por outro, bem como garantir o exercício do poder do *paterfamilias* (quando, por exemplo, alguém detivesse uma criança, ou uma mulher, que não lhe “pertencesse”), além de proteger a posse de escravos.

Era instituto de Direito Civil, voltado especificamente para a garantia da posse e a prevenção da posse ilícita. A proteção da liberdade do cidadão não era encarada como um direito subjetivo seu (não havia tal conceito no arcabouço filosófico romano, como já tivemos a oportunidade de ver); o que se punia era a posse ilegal de algo (escravo, criança ou mulher) ou alguém (cidadão livre) por outrem. Diferença marcante com relação ao conceito moderno do *habeas corpus* (e ao de liberdade), porém adequada à filosofia e organização social da época. Vejamos o que diz Câmara (op. cit., p. 291-316):

“Se, por um lado, como já dissemos no item n. 2 do presente trabalho, não havia em Roma o devido respeito à liberdade do homem, em face do Poder Público, por outro lado não se deve encarar esse despreço como total pela liberdade humana, nem que o sentimento de liberdade estaria entorpecido no ser humano. Como assevera Sidou, *Garantias...*, op. cit., p. 14, ‘nos códigos romanos (...) se repete que todo homem, por direito natural, é livre, afirmativa que se encontra em D.40.10.11 e C.6.8 e 7.24. O homem livre (...) devia permanecer nesse estado e, contra os atos que lhe cerceassem a liberdade, se erguiam remédios enérgicos, quando menos enfáticas declarações de direitos’” (grifo do original).

Cuq (op. cit., p. 828 *et seq.*) nos ensina, também, que os *interdicta* eram procedimentos *populares* e *perpétuos*. Populares porque seu exercício era confiado a todo cidadão, tivesse ou não interesse diretamente vinculado ao deslinde da causa; perpétuos devido ao fato de não incidir prescrição extintiva. Tais características são bastante semelhantes às que colorem o instituto hodierno, o que reforça a tese da influência do procedimento romano. Com efeito, no Brasil, qualquer cidadão pode impetrar *habeas corpus*, em seu favor ou de outrem (art. 654 do CPP); da mesma forma, o *habeas corpus* não se prende a limites temporais, como acontece com o mandado de segurança de cujo direito se decai após 120 dias do ato ilegal.

Além destas semelhanças entre o *interdictum de homine libero exhibendo* e o *habeas corpus* atual, é a “processualística” dos *interdicta* que mais impressiona, sendo cercada de garantias que o remédio heróico inglês levaria séculos para desenvolver.

O procedimento dava-se da seguinte forma: primeiramente, a parte apresentava-se diante do magistrado a fim de obter a ordem de interdito. O pedido ao magistrado deveria identificar o detido e descrever os fatos adequando-os à hipó-

dono, fugindo. A Lei permitia que o cidadão que sentira-se lesado requisitasse ao pretor o auxílio da força pública para reaver o indivíduo aprisionado. No império, a pena mudaria para trabalhos forçados, confiscação de bens e crucificação (idem).

tese em que coubesse a “impetração”. O “coator”, por sua vez, era chamado para esclarecer seus motivos e opor as exceções que julgasse cabíveis. Havia exceções que impediriam o uso do *interdictum de homine libero exhibendo*, como quando a posse paterna, ou a condição de homem livre, fosse duvidosa. Válido notar que não se aprofundava a discussão nem estava prevista a dilação probatória.

Durante o período republicano, os interditos possuíam rito bastante diferenciado das ações, devido às suas distintas naturezas jurídicas, sendo mais rápidos de forma a sanar prontamente a suposta ilegalidade. Já no regime imperial, ocorre uma transformação, como conta Collinet (1947, p. 479):

“Des diverses Voies d’action conservées a la législation de Justinien, c’est l’interdit qui a éprouvé dans sa procédure le changement plus radical; (...)”

Todavia, embora com o advento do Império os *interdicta* tenham sido assimilados pelas ações e tenham perdido sua condição de rito extraordinário, tal mudança não se operou imediatamente, nem de forma absoluta, como anota Cuq (op. cit., p. 831):

“De tout temps la procédure des interdits a été plus rapide: avant Justinien, la demande s’introduit sans *litis denuntiatio*. Même sous Justinien, le juge a le devoir de statuer promptement.”

Mister destacar, por fim, que à argumentação de Câmara (op. cit.) de que se deve renegar a vinculação entre o *interdictum de homine libero exhibendo* e o *habeas corpus* porque a *única semelhança* seria o mecanismo idêntico para libertação de homem livre detido por particular, retorquimos com a consideração de que a *única diferença* existente seria a não previsão de utilização do *interdictum de homine libero exhibendo* contra atos do Poder Público. Afinal, o procedimento era deveras evoluído, com diretrizes claras que garantiam a eficácia da ordem, além de muito assemelhado ao empregado ainda hoje no processo de *habeas corpus*. Quanto à questão de não se aplicar às detenções ilegais pelo Poder Público,⁷ ressaltamos que o *habeas corpus* inglês só adquiriu esta faculdade após 250 anos de contínua evolução, como assevera Guskow (1986, p. 162.) “(...)”; a partir de 1485 o *habeas corpus* atuou como remédio jurídico processual mesmo contra a Coroa”.

Ademais, cumpre lembrar que o instituto romano não pôde contar com ambiente político propício à sua evolução – pois poderia vir a garantir a liberdade dos homens contra injusta detenção pelo Poder Público –, devido aos acontecimentos que principiaram em 44 a.C. e resultaram na constituição de um império que se prolongaria por quase quinhentos anos no ocidente e por catorze séculos no oriente.

Finalmente, apesar de não poder ser utilizado em casos de detenção ilegal realizadas em nome do “Estado”, o interdito permitia que se buscassem pessoas inclusive em terras pertencentes aos senadores da República e, posteriormente,

(7) Aí entendido como o corpo social detentor do poder político.

nas terras do Imperador. Não deixando de ser sempre surpreendente a previsão de mecanismo para a garantia da liberdade de um cidadão preso por outro – ainda que focada na proteção do direito de posse – característica que o *habeas corpus* inglês só adquiriria em 1816, após a segunda reforma no mecanismo do *habeas corpus*.

Acreditamos, com estas breves linhas, ter enumerado os diversos pontos de convergência entre a experiência romana, com seu *interdictum de homine libero exhibendo*, e as características que o *habeas corpus* viria a incorporar durante sua evolução. As propriedades do remédio romano se tornariam, com o passar do tempo, fórmula essencial para a salvaguarda da liberdade de locomoção, ainda que tal concepção de liberdade ainda não tivesse sido desenvolvida totalmente pelos romanos.

2.2 *Mecanismos de garantia da eficácia da liberdade de locomoção. A experiência histórica inglesa*

O conhecimento de Pontes de Miranda acerca dos institutos romanos, apontando neles o germe do *habeas corpus* – segundo Câmara (op. cit., p. 311) – e o primeiro instrumento protetor da liberdade de locomoção – conforme a lição de Cretella Jr. (1989, p. 143), não tem o condão de modificar sua doutrina, que é cristalina ao determinar as regras estatuídas na Magna Carta inglesa como o ponto zero da evolução do *habeas corpus*; *verbis* (1955, p. 11):

“Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano 1215. Foi no Capítulo 29 da *Magna Charta libertatum* que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física.”

Como veremos adiante, Pontes já vislumbrava o fator de (re-)nascimento do instituto, como ele é modernamente, devido às *condições* em que este foi instituído, i.e., o *contexto sócio-político* da outorga da Magna Carta e a presença, também germinal, do aparato garantidor já mencionado. Afinal, tão fundamental quanto dizer que nenhum homem livre seria aprisionado ou detido sem o respaldo legal, foi ter estabelecido critérios como o julgamento pelos pares e, extremamente importante, a garantia de que a ninguém seria negado direito ou justiça. Em outras palavras, a Magna Carta inglesa constituiu, indubitavelmente, o primeiro esboço positivador de regras que pudessem garantir a eficácia do *habeas corpus*. A afirmação deste aparato garantidor veio inaugurar a luta pela plena efetividade do *habeas corpus*.

2.2.1 A Magna Charta libertatum (1215)

Com efeito, a carta histórica imposta pelos barões ao rei João-sem-terra, constituía a principal bandeira de uma insurreição dos nobres daquele país contra os reiterados abusos e arbitrariedades cometidos pelo monarca. Assim, verificamos

que o *habeas corpus* (re-)surge no bojo de uma série de questionamentos ao poder absoluto do Estado – representado pelo rei. O caráter do movimento da nobreza frente ao poder autoritário real, que serviu como ponto de partida para as futuras conquistas inglesas no campo das liberdades individuais e políticas, trouxe à baila não só a proteção à liberdade de locomoção, mas também alguns elementos do aparato garantidor como o *direito a um julgamento justo* (no caso pelos pares) e o *direito à defesa*, na forma da lei, dentre outros – resultando na afirmação dos direitos do indivíduo.

De se marcar, por importante, que tais conquistas, *a priori*, não contemplavam todos os setores da sociedade inglesa, como assevera Pinto Ferreira (op. cit., p. 28):

“Relembre-se ainda que, conforme salienta Schmitt, em sua *Teoria da Constituição* (*Verfassungslehre*, 1982), o *habeas corpus* era concedido inicialmente ao cidadão livre, aos barões e homens livres, e não a todas as pessoas, como depois aconteceu no mundo civilizado. Vigorava então o interesse *baronial*, não do homem como titular de direitos, como reconhece Laski no livro *A autoridade no Estado moderno* (*Authority in modern State*, p. 39).”

Da mesma forma, doutrina Greco Filho (op. cit., p. 28-29):

“A Magna Carta tem sido referida como o marco decisivo entre o sistema de arbítrio real e a nova era das garantias individuais. É preciso, porém, analisá-la no que se refere ao seu conteúdo como documento histórico, condicionado às circunstâncias da época, e como documento consagrador de um princípio modernamente acatado como indispensável pela civilização ocidental.

Como descreve André Maurois [*História da Inglaterra*, Rio de Janeiro, Pongetti, 1959, p. 98 *et seq.*], quando os barões obrigaram João-sem-terra, em 1215, a firmar a Carta, as modernas idéias de liberdade nem sequer tinham sido formuladas. ‘Liberdades’, aliás, significavam ‘privilégios’ para os barões, tais como o de não pagarem taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de escolherem os próprios oficiais ou o de manterem uma corte de justiça.

A *idéia de direitos individuais*, portanto, *ainda não se formara no sentido de hoje*, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.” (Grifamos.)

Finalmente, anota, com muita propriedade, Pontes de Miranda (op. cit., p. 23):

“O valor da Carta Magna é restrito à sua obtenção mesma: o interesse baronial, contra o despotismo do rei, tal a razão de ser do ato de 1215. Não se lhe peça concepção do ‘homem como titular de direitos’. Introduzir-se essa significação seria (...) anacronismo.”

Em nosso sentir, entretanto, a condução desse movimento por um setor exclusivo da sociedade, e a conseqüente exclusão de cidadãos também sofrendores

dos abusos de um poder absoluto, não invalida o caráter libertário e a enorme importância da conquista, visto que, no esteio desse precedente, todos os cidadãos viriam a se beneficiar futuramente do remédio heróico. Sem dúvida, a Magna Carta inglesa foi o marco histórico das lutas liberais no Estado denominado Inglaterra e que de lá irradiou-se por todas as sociedades ocidentais. Este paradigma preconizava as limitações ao poder absoluto dos reis e a liberdade como atributo do cidadão, fruto da filosofia liberal. Tanto na Inglaterra, como na história da generalidade dos Estados que hoje denominamos desenvolvidos, a afirmação destas prerrogativas (direitos e garantias individuais) frente ao Estado resultou de um lento, porém constante, processo de evolução política e social.

No caso inglês, basta ver que inicialmente outorgada em junho de 1215, diz Tourinho (op. cit., p. 18-23), a Carta Magna foi revogada em agosto daquele mesmo ano. Porém, com a morte de João-sem-terra, em 1216, seu filho Henrique III a fez restabelecer. Este lento processo evolutivo está caracterizado, ainda, na excelente reconstituição de Pontes de Miranda (op. cit., p. 516), quando enumera os muitos avanços e retrocessos na efetivação dos direitos e garantias estabelecidos na Magna Carta: devido aos seguidos atos de descumprimento, a carta inglesa teve de ser reafirmada em 1255, sendo logo após declarada nula em 1264; novamente jurada pelo rei em 1298; e assim por várias vezes alternaram-se períodos de obediência e desrespeito. Na verdade, tais percalços são o resultado direto das lutas pela afirmação do parlamento em face ao palácio, isto é, dos direitos políticos da aristocracia frente ao poder real. Se, no entanto, em 1215, não se pretendia fazer do cidadão um indivíduo com direitos frente ao Estado, este conceito iria, pouco a pouco, surgindo nas mentes e nos corações daqueles cidadãos que se viam cada vez mais oprimidos sob o jugo de um poder absoluto.

Relatam os doutrinadores a existência dos seguintes *writs*, a partir de 1215, cuja impetração pudesse sanar uma prisão ilegal, restabelecendo a liberdade do paciente:

a) *Writ of Mainprise*: ordem dirigida ao *sheriff* (figura singular da organização político-jurídica medieval inglesa, algo similar talvez aos alcaides latino-americanos). Importava na liberação do preso, mediante oferecimento de caução, caso conveniente. Explica Pontes de Miranda (idem, p. 42): "Distingue-se da fiança nesse particular: o que afiança alguém pode fazer prendê-lo, ou desistir da caução antes do dia marcado para que o acusado compareça; ao passo que o *mainperror* não o pode, em nenhuma hipótese: é obrigado a apresentar-se para responder por todos os encargos, quaisquer que sejam."

b) *Writ de odio et atia*: aplicável àqueles sob quem pesava imputação da prática de homicídio. O destinatário da ordem, novamente o *sheriff*, deveria verificar se a prisão decorria de fundadas motivações (que arriscamos comparar com os requisitos aplicados hoje em dia para prisões cautelares), ou se estava fundada em motivos subjetivos escusos - ódio e má-fé. Após a verificação da ocorrência desta última hipótese, ensina Pontes (ibidem) que uma nova ordem deveria ser concedida a fim de que fosse admitida a caução para a soltura do preso.

c) *Writ de homine replegiendo*: utilizado nos casos em que o responsável pela prisão ou impedimento de locomoção fosse um particular. Como no primeiro caso, seria prestada caução, a fim de garantir que o paciente comparecesse quando chamado a responder pelos fatos de que fora acusado.

d) *Writ of habeas corpus*: esta modalidade de ordem continha diversas subespécies, cada qual visando um diferente objetivo, de ordem processual ou de garantia da liberdade de locomoção. A medida de *habeas corpus* poderia servir para transferir o preso de uma prisão para outra, onde seria executada pena superveniente (*ad satisfaciendum*); para tirá-lo da jurisdição de uma corte inferior e colocá-lo sob a de uma corte hierarquicamente superior onde seria processado (*ad respondendum*) ou testemunharia (*ad testificandum*), ou onde seria avaliada a validade de sua prisão (*ad faciendum et recipiendum*); para levá-lo à corte com jurisdição no distrito da culpa (*ad prosequendum*); ou, finalmente, para que qualquer um que mantivesse um cidadão prisioneiro o apresentasse perante a corte dizendo o tempo e a razão daquela prisão (*ad subiiciendum*).

Esta última modalidade de *writ of habeas corpus*, é de fato a mais apropriada para ser utilizada comparativamente com a dos dias atuais. Enquanto nos primeiros casos o *habeas corpus* servia mais à administração da justiça, o último representa a imperatividade de se dar liberdade àqueles que foram presos sem justa causa. Sabino (op. cit., p. 24) nos conta, ainda, que este tipo de *writ* foi, paulatinamente, substituindo os três primeiros (*mainprise, odio et atia, e homine replegiendo*).

2.2.2 O Habeas Corpus Act (1679)

Como vimos, as disposições da Magna Carta não foram realmente internalizadas pelos governantes ingleses, visto que eram reverenciadas e cumpridas em algumas ocasiões e em outras não; não constituindo essa intermitência em garantia efetiva. Criou-se, inclusive, a jurisprudência de que o rei, ou seu conselho em seu nome, pudesse cometer qualquer ato, até de prisão, sem que estivesse ao alcance do *writ*; afinal, o rei era “infalível”. Esta situação foi ativamente combatida por advogados e também pelos juízes, face ao flagrante desrespeito à Carta de 1215. No esteio de nova revolta da aristocracia inglesa, dessa vez contra aumentos de impostos, a insatisfação contra o arbítrio da realza culminou com a preparação de um novo documento em 1628: uma petição dirigida ao Rei (a *Petition of Rights*), para que entre outras coisas, ninguém fosse obrigado a dar dinheiro, ou pagar impostos ao Rei sem que tal lei fosse ratificada no parlamento, bem como o *restabelecimento irrecusável do remédio do habeas corpus* (Cláusula 5, cf. Pontes de Miranda, op. cit., p. 52). O documento não reclamava nenhuma nova garantia ou direito, mas buscava reafirmar aqueles existentes que eram continuamente desrespeitados e ignorados. Essa petição, tal como as anteriores, restou “deferida” pelo Rei que, entretanto, não deixou de violá-la quando lhe conveio, tal como os anteriores.

Pontes (idem, p. 56-57) relata que além das seguidas negativas de concessão das ordens de *habeas corpus*, ocorria, às vezes, de mesmo quando concedidas serem desobedecidas. O costume havia criado diversas barreiras para a célere obediência dos *writs* (sem a qual não o concebemos hoje), como, por exemplo, aguardar que uma segunda e até uma terceira ordem no mesmo sentido fosse exarada (chamadas *alias* e *pluries*, respectivamente), dentre outros abusos. A aristocracia inglesa, vitoriosa com a Magna Carta, mas em luta constante por sua afirmação, percebeu a necessidade de uma regulamentação que afirmasse a força do *habeas corpus*, enunciando, mais de quatrocentos anos depois, o *Habeas Corpus Act*, em 1679.

Desta forma, o *writ* viria a se fortalecer de tal maneira que muitos autores⁸ consideraram o documento de 1679 como o verdadeiro ponto de partida da história do *habeas corpus*. A questão era que o sistema processual, ao dar margem para inúmeras interpretações e abusos, não assegurava as garantias necessárias. Com o Ato, a força do *habeas corpus* se revelou, então, com toda sua eficácia e energia ao se instituir um novo rito, mais célere, com previsão de multas e outras penalidades àqueles que o descumprissem, prazo para a apresentação do preso perante a corte, proibição da transferência do preso de uma prisão para a outra sem consentimento da autoridade competente, além da proibição (hoje elementar) de que a pessoa que fosse posta em liberdade por meio de uma ordem de *habeas corpus* fosse presa novamente pelo mesmo motivo.

2.2.3 O novo Habeas Corpus Act (1816)

Relata Pontes de Miranda (op. cit., p. 72) que o *Habeas Corpus Act* de 1816 veio suprir a ausência de previsão legal do *habeas corpus* quando o paciente não estivesse sendo acusado de crime. Assim, passou-se a garantir, através da impetração de *habeas corpus* – com o rito, as condições, e os rigores estabelecidos pelo Ato de 1679 – também a liberdade de locomoção

“(…) a indivíduo que continuasse preso sem ordem legal do juiz; a criança detida fora da casa de seus pais; a pessoa sã que tenham internado, como louco ou doente, em hospício, casa de saúde ou hospital; a freira que quer deixar o convento etc.”

Todavia, o período que antecedeu o Ato de 1816 caracterizou-se pela existência de diversos questionamentos por parte dos juristas ingleses. Um tema muito debatido foi a imperatividade da ordem concedida. Teria a sentença do magistrado eficácia *erga omnes*, independentemente de quem fosse o responsável pela detenção do cidadão, ou, por outro lado, o fato de não haver um Poder Judiciário separado do Poder Legislativo e do Executivo permitiria a este últi-

⁽⁸⁾ “O remédio legal só apareceu mesmo na Inglaterra em 1679.” Cf. Sabino, op. cit., p. 23.

mo, ou ao outro, oporem-se à decisão, alegando abuso ou inaplicabilidade? Esta argumentação nos faz lembrar a prerrogativa real de manutenção de prisão sem qualquer fundamentação, muito em voga antes da *Petition of Rights*, de que tratamos acima.

Novamente, o poder do arbítrio sucumbe ante à liberdade individual do cidadão, sendo cristalizado na tradição inglesa, a partir daí, que as ordens judiciais deveriam ser rigorosa e impreterivelmente cumpridas, sob pena das sanções existentes. Apesar de a justiça emanar do Rei, seus agentes são totalmente independentes em sua função jurisdicional, e suas decisões soberanas.

Outro tema muito debatido, sobretudo pelos advogados e juristas ingleses, desde antes do novo *Habeas Corpus Act*, e que perdurou até depois de 1816, por não ter sido contemplado naquele ato, era a possibilidade de emissão de um *general warrant*, também chamado de mandado aberto ou de mandado em branco. Consistia numa ordem de prisão (aplicada também nas medidas de busca e apreensão), sem que houvesse na ordem o nome do cidadão a que este se destinava (nos casos das buscas, sem que fosse especificado o que se procurava apreender).

Com um *general warrant* se poderia prender pessoas indefinidamente, uma, duas, cem, duzentas pessoas detidas pela suspeita de um crime que teria sido cometido por apenas uma (e não necessariamente incluída entre as detidas). Não há que se olvidar que se tratava de medida abusiva, de poder arbitrário, razão pela qual foi duramente combatida pelos juristas de então. Através de inúmeros *writs of habeas corpus*, foram se firmando vários precedentes acerca da ilegalidade de tais mandados. Em 1766 foi apresentada proposta do banimento dos *general warrants* pelo parlamento, restando a mesma aprovada na Câmara dos Comuns, porém negada na Câmara dos Lordes. Todavia, apesar de não ser declarada ilegal pelos legisladores ingleses, tais prisões eram repelidas pelos juízes face à jurisprudência criada.

Destarte, verificamos que os direitos judiciais e as garantias jurídico-políticas representaram a possibilidade de efetivar a aplicabilidade do *habeas corpus*. De um lado, o novo sistema processual implantado e o caráter excepcional das ações invasivas do Estado contra o cidadão; de outro, o combate às prerrogativas de poder arbitrário e as lutas pela independência dos magistrados, representaram, para o *habeas corpus*, a garantia de que ele estava, definitivamente, incorporado ao Direito inglês, bem como pronto para ser aplicado por todos os povos, cujos cidadãos lutassem pela liberdade.

Portanto, se a experiência romana nos legou um modelo de remédio processual cujo efeito era a garantia da liberdade corpórea do homem livre, será a tradição inglesa que, partindo do mesmo pressuposto, tornará tal procedimento acessível a todos. Neste momento, confundem-se o desenvolvimento do procedimento jurídico denominado *habeas corpus* e a própria evolução da sociedade inglesa na proteção dos direitos civis e políticos de seus membros. É suficiente para comprovação desta assertiva a correspondência entre as conquistas no campo do *habeas corpus* e as prévias investidas realizadas contra o absolutismo. Plantava-

se, então, a semente que, ao crescer, abrigaria sob sua copa frondosa os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

3. Abordagem filosófica

Após um breve retrospecto da origem e evolução histórica do procedimento judicial que elegemos como tema desta monografia, passamos a estudar o elemento de fundo, o *background* político-jurídico-filosófico, responsável pela efetiva aquisição do *habeas corpus* pelas sociedades e sua transformação na garantia *par excellence* da liberdade do indivíduo. Nosso foco de estudo se volta, agora, para o desenvolvimento de um novo conceito de homem, de sociedade, de Estado e de liberdade, bem como para a enunciação dos componentes do aparato garantidor de que falamos inicialmente. A positivação destes dois componentes essenciais (o novo conceito de liberdade e os elementos do aparato garantidor), guarda o pressuposto de aplicabilidade do *habeas corpus*, como o temos atualmente.

O primeiro componente é representado pela idéia de liberdade (aí incluída a liberdade de locomoção) como atributo do homem, enquanto o segundo consubstancia-se nos direitos judiciais e nos princípios e garantias jurídico-políticas. Por direitos judiciais entendemos o direito a ser regularmente julgado e a se defender, segundo a lei, a proibição de detenção ilegal, o princípio do contraditório, *et coetera*; já os princípios e garantias jurídico-políticas significam a reserva legal, a igualdade formal, o Estado de direito, a independência do magistrado, entre outros.

Como veremos, o primeiro componente surge enquanto postulado do jusnaturalismo, prismado pela abordagem racionalista subjetivista. Já o segundo, é clara construção positiva cujo objetivo primaz, ao nosso ver, era garantir bases jurídicas e condições políticas que permitissem a efetivação daquela idéia de liberdade, inicialmente um direito natural. Embora os dois componentes (natural e positivo) sejam diversos – pois que derivados de arcabouços jusfilosóficos bastante diferenciados –, se revelam complementares na medida que não se verifica a completa efetividade do *habeas corpus* sem que ambos estejam presentes. Na verdade, o segundo elemento funciona como pré-requisito da utilitariedade do primeiro, na medida em que não há ambiente apropriado à efetivação daquele ideal libertário onde não estejam sedimentados os pavilhões do segundo componente.

Com efeito, acreditamos que o processo evolutivo do *habeas corpus* é resultado de iniciativas que buscavam afirmar os direitos humanos e as liberdades civis, políticas e sociais, frente ao poder do Estado.

3.1 Direito subjetivo à liberdade e sua positivação – Séculos XVII e XVIII

Autores como Maurice Craston (1979) recuam ao jusnaturalismo grego para definir o momento em que são edificadas as bases filosóficas dos direitos humanos, refutando, por conseguinte, que tenham sido conquistas da humanidade durante a Idade Moderna.

Por outro lado, nos contrapondo à doutrina de Craston, quando este determina o ideal jusnaturalista da antigüidade como berço da moderna concepção de direitos humanos, inclusos os direitos e garantias individuais, sublinhamos o caráter subjetivista – presente somente no racionalismo moderno – como *conditio sine qua non* para se falar em direitos humanos, em direitos decorrentes da natureza humana.

Com efeito, o jusnaturalismo antigo decorria de uma filosofia marcada pela racionalidade objetivista,⁹ e, embora houvesse elementos de identificação entre os pressupostos filosóficos da antigüidade e da modernidade – sobretudo no campo dos direitos políticos –, a concepção de direitos humanos, como a entendemos hoje, assenta-se nos postulados do racionalismo subjetivo.¹⁰

Neste sentido, resume Lafer (1988, p. 120-122):

“É neste contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensinou o tema dos direitos humanos, a saber, o *individualismo* na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêm no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. *O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo o ser humano.*” (Grifos nossos.)

Dessa forma, podemos traçar um quadro comparativo entre a concepção antiga e a concepção moderna do direito natural, de modo a acentuar as características de cada modelo, para verificarmos que a noção de liberdade antiga não corresponde àquela que o *habeas corpus* visa proteger atualmente.

A um, enquanto a filosofia antiga caracteriza-se por conceber a origem do Estado através de uma perquirição histórico-sociológica, a filosofia moderna busca fundamentos no racionalismo liberal; a dois, na primeira corrente filosófica, o

(9) A racionalidade objetivista recorre a uma fundamentação anterior, superior e exterior como justificativa para a explicação da realidade. Na Idade Antiga, era representada pela ordem cósmica (cosmos) e seu reflexo na natureza (*physis*), enquanto na Idade Média, tinha em Deus sua origem. Platão e Aristóteles foram os maiores expoentes da filosofia objetivista na antigüidade, o primeiro afirmando o próprio surgimento e constituição do Estado e da comunidade como algo transcendental ao homem, enquanto o segundo acreditava ser estes acontecimentos imanentes à condição de ser humano, pois combinados no homem características *zein* (instintos animais) e *euzein* (instinto social). A segunda grande corrente jusnaturalista, de fundamentação teológica, encontra em Santo Agostinho seu anunciador.

(10) O racionalismo subjetivista nasce quando o fundamento das verdades deixa de ser algo exterior, anterior e superior ao ser humano e passa a ser apenas a razão humana (em Descartes: *ergo, cogito sum*), adotando a idéia do ser humano como sujeito ativo do conhecimento que estabelece a realidade e, portanto, encarando a liberdade como consequência da própria condição de ser humano. Estes conceitos seriam trabalhados, a seguir, por John Locke em suas obras *Ensaio filosófico sobre o conhecimento humano* e *Segundo tratado sobre o governo*. Não nos alongaremos aqui pois examinaremos algumas proposições deste último filósofo mais adiante.

Estado aparece como complemento do homem natural, ao passo que para a segunda é verdadeira antítese da natureza humana; a três, há forte distinção, ainda, entre a concepção social e orgânica do Estado contraposta à teoria individualista, que atomiza os cidadãos; a quatro, ressaltamos a dicotomia entre a teoria naturalista do fundamento do poder estatal (para Aristóteles, evolução natural da família e da comunidade) e a teoria contratualista, em que o Estado deriva de uma convenção, evento artificial com objetivos determinados (em Hobbes, a preservação da vida); finalmente, enquanto os antigos afirmavam a legitimidade do "Estado" através da força das coisas, da natureza dos seres humanos, a modernidade denomina o consenso de seres livres e iguais como fundamento desta legitimação.

Ademais, há outro fator determinante para que refutemos a idéia de que os direitos humanos estavam enunciados na filosofia antiga. De certa forma decorrente do cunho deontológico e holista da filosofia antiga, as leis positivas (enquanto produções, por definição, legítimas e justas, destinadas a promover o bem comum) sobrepunham-se às leis naturais, restando clara a supremacia da primeira classe. Assim, a *lex* positiva, que admitia a escravidão, se impunha sobre a *lex* natural, que afirmava serem todos os homens livres e iguais, não subjazendo, portanto, no jusnaturalismo grego, a condição para que surgisse uma construção teórica no sentido de afirmar os direitos humanos.

Oportuna, nesse sentido, a observação de Craston (op. cit., p. 5-6), ao afirmar que os direitos tutelados por uma lei natural, ainda que reconhecidos pelo corpo social, não são eficazmente protegidos se não inseridos no contexto da positivação legal. Direitos naturais, independentemente de sua fundamentação, decorrem do sistema de valores da sociedade, são direitos morais.

"Há uma considerável diferença entre um direito no sentido de um direito positivo, e um direito no sentido de um direito moral. Primeiro, um direito positivo é, necessariamente, executável; se ele não for impositivo, não pode ser um direito positivo. Um direito natural não é, necessariamente, impositivo."

Chegamos, assim, diante de uma indagação fundamental para determinar a gênese da moderna concepção de liberdade e, a partir daí, a guinada evolutiva do *habeas corpus*, inserido que está no contexto dos direitos humanos e das garantias individuais: em que momento o direito natural à liberdade adquiriu exigibilidade, isto é, quando restou positivado? Respondemos: com o advento da teoria contratualista, que fundamenta a legitimidade do poder estatal num contrato celebrado entre os homens.

A característica básica do modelo contratualista é o encadeamento teórico que o filósofo propõe: primeiro, visualiza-se (dogmatiza-se) um "Estado de Natureza do Homem", ou seja, o modo como os homens viviam antes do advento do Estado constituído e da sociedade organizada, portanto em sua "essência" mais pura; depois mostra-se o contrato pelo qual os homens constituem o Estado, pacto este que pode variar tanto na forma quanto no conteúdo; e, finalmente, o Estado resultante deste acordo, fruto das características dos passos anteriores. Bom frisar ainda que os contratualistas são também jusnaturalistas, isto é, acreditam

no direito natural justo por natureza e independente da vontade do legislador e, conseqüentemente, superior ao direito positivo. Assim, quanto mais próximo das condições existentes no Estado Natural, mais livre estaria o homem.

O contratualista inglês Thomas Hobbes, que viveu no século XVII (1588-1679), expõe na obra *O Leviatã* suas concepções sobre o Estado, e descreve o homem em seu Estado Natural como sendo mau, egoísta e sanguinário, de natureza belicosa e extremamente agressiva. O homem em estado natural pode (e deve) matar seu semelhante em nome das suas necessidades de sobrevivência, bem como outras inerentes ao seu propósito. O poder sobre a vida dos outros homens (*ius in hominis*), deriva do fato de, segundo Hobbes (1992, p. 33), todos os homens serem iguais:

“São iguais aqueles que podem fazer coisas iguais um contra o outro; e aqueles que podem fazer as coisas maiores (a saber: matar) podem fazer coisas iguais. Portanto, todos os homens são iguais entre si.”

Tal concepção de igualdade, bem como os poderes que Hobbes delega ao homem natural, irão caracterizar uma situação de permissividade, onde não há leis que devam ser observadas entre os homens, a não ser a liberdade de usar seu poder para fazer o que quer que se julgue correto.

Surge nessa guerra generalizada, de todos contra todos, a preocupação dos homens em terem resguardada a sua segurança (cerne do pensamento hobbesiano). Será a busca por uma forma de evitar a guerra e preservar a vida, portanto a segurança, o fator que fará os homens aceitarem o pacto social; transmitindo seus direitos para uma terceira entidade – o Estado.

Se o homem em seu estado da natureza possui *ius in homini* e *ius in omnia* (direito sobre todas as coisas de que precise para sobreviver), estes direitos passarão ao estado que se constituirá após o pacto social. Este estado será, portanto, investido de *imperium* e *dominium* e sua função primordial será controlar e reprimir a guerra generalizada que toma conta dos homens no estado natural, isto é, garantir a segurança dos homens.

Entretanto, no momento em que outorga ao Estado os poderes naturais – *imperium* e *dominium* – Hobbes compromete esta criação dos homens, através do contrato, com direitos inerentes ao ser humano; direitos anteriores a qualquer manifestação da lei positiva, que são, portanto, superiores a esta.

Decorre daí, nos explica Villey (1983), a primeira enunciação da *origem* dos direitos humanos (a natureza racional do homem), seu *conteúdo* (a liberdade de fazer o que se julga bom) e sua *função* (salvaguardar a vida). Este direito (primordial, indeclinável e soberano) passa a ser obrigatoriamente garantido pelo Estado, e a proteção da vida resta, por conseguinte, positivada.

Embora Hobbes não fosse um teórico das garantias civis (ao contrário, pregava o absolutismo), o que ressalta é o fato da soberania real advir de um contrato onde estão assegurados direitos naturais, agora positivados, componentes do conceito *lato* de liberdade civil. Assim, os direitos naturais, tais como enunciados por Hobbes (vida e segurança), positivados no momento de constituição do Estado,

refletem a consolidação da exigibilidade de direitos face ao Estado (derivada do novo conceito subjetivo de liberdade), e representam o primeiro passo para a garantia de outros direitos sob o mesmo pressuposto filosófico.

Nesse sentido, é o também contratualista John Locke (1689-1755) quem primeiro nos fala, em seu livro *Segundo tratado sobre o governo*, da liberdade como um direito inalienável do homem; um direito natural que deve estar protegido contra qualquer força que o ameace cuja importância é tão grande quanto a própria vida do indivíduo.

Conforme o modelo contratualista, o Estado resultante do pacto lockiano adquire as funções de proteger e conservar os direitos naturais e punir aqueles que o violem; não sendo, portanto, um Estado absoluto (não possui *imperium* nem *dominium*). Não é outro o entendimento de Mello:¹¹

“O contrato social de Locke em nada se assemelha ao hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um *pacto de submissão* pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã.

Em Locke, o contrato social é um *pacto de consentimento* em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade, e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.”

Desta forma, assim como fez Hobbes, Locke torna direito positivo o que era direito natural. Todavia, não é somente a vida e a segurança, mas a liberdade individual – com todos os seus desmembramentos – que surge como um direito a ser obrigatoriamente tutelado pelo Estado. Daí em diante, sob esse ou outros fundamentos, a liberdade individual continuaria sempre a ser considerada um direito subjetivo, a ser tutelado pelo Estado. Logicamente, o conteúdo desta liberdade seria, como continua sendo, continuamente ampliado.

No entanto, ainda que garantido em lei positiva o direito à liberdade, prevenindo-se inclusive um procedimento judicial também positivado e voltado para garantir tal direito, não bastarão estas previsões para conferir total efetividade àquela concepção de liberdade, bem como eficácia ao dispositivo jurídico existente. Assim, uma vez demonstrado o momento em que ocorre a consolidação do primeiro pressuposto teórico da efetividade do *habeas corpus* – a liberdade de locomoção como um direito a ser protegido pelo Estado e mesmo contra o próprio Estado –, podemos passar ao estudo da afirmação do requisito restante, que são os direitos judiciais e os princípios e garantias jurídico-políticas.

⁽¹¹⁾ Leonel Itassu Almeida Mello. *John Locke e o individualismo liberal*, in Weffrot, op. cit., p. 86.

3.2 *Direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos – Os elementos fundamentais do aparato garantidor – Séculos XVIII e XIX*

Os filósofos do século XVIII (sobretudo em sua segunda metade) representaram, no plano filosófico, o surgimento de uma nova visão do mundo, do homem, e da liberdade, afirmando a soberania da razão sobre a religião, e a conseqüente possibilidade de construção da sociedade e do Estado em modelos racionais. Esse movimento de renovação cultural, denominado iluminismo, precederia, no campo teórico, a substituição das instituições políticas européias, cuja pauta prático-política é implantada durante a Independência Americana, mas sobretudo pela Revolução Francesa.

Fundamental para a compreensão dessa transformação radical na organização político-jurídico-social das nações ocidentais desenvolvidas é a análise do corte epistemológico realizado pelo racionalismo cartesiano e pelo empirismo inglês.

O iluminismo teve como principal fonte inspiradora as construções filosóficas do francês René Descartes (1596-1650), cujo pensamento opunha a evidência da razão ao jugo das tradições ou da autoridade. Basicamente, Descartes estabeleceu a *dúvida* como ponto de partida para o conhecimento; levando essa premissa ao extremo e alcançando todos os campos da atividade cognitiva. Somente a partir da reconstrução metódica, baseada em imperativos racionais, poder-se-ia chegar ao conhecimento verdadeiro. Descartes introduz, portanto, um método para a compreensão dos fenômenos naturais ancorado, exclusivamente, em etapas simples, intuíveis e objetivas. A doutrina cartesiana representou verdadeira revolução na filosofia, cujos efeitos poderiam corresponder ao surgimento do discurso lógico na Grécia pré-socrática. Por outro lado, o empirismo inglês estabelecia a concepção de que a experiência sensível pressupunha a origem de todas as idéias, não podendo surgir nenhuma produção intelectual que não houvesse sido experimentada, antes, no campo dos sentidos. Exponentes dessa construção filosófica foram Francis Bacon (1561-1626), John Locke e Isaac Newton (1642-1727).

Será, portanto, nos fundamentos do racionalismo cartesiano e no empirismo inglês que os iluministas encontrarão motivos (e base teórica) para confiarem na possibilidade do conhecimento como obra do homem, ocupando o terreno até então dominado pela tradição e pela autoridade obscurantistas. Nesse contexto, ganha força e meios de efetivação a concepção de utilidade do conhecimento como elemento libertador. Em outras palavras, o conhecimento deixa de ser mera especulação intelectual para transformar-se em instrumento a serviço dos homens, para libertá-los das formas de escravidão que a irracionalidade os condenara.

Consolida-se, então, a concepção do homem como ponto de partida e limite de todas as coisas, isto é, a razão humana como instrumento para a válida perquirição acerca da realidade, e, por conseguinte, a livre vontade humana como único possível fator a legitimar a existência do Estado e do Poder. Uma vez estabelecida a organização estatal, reside ainda na liberdade do homem os pressupostos que

balizarão e conformarão este Estado e limitarão o exercício de seu poder. Estabelecida a supremacia da liberdade individual, e da explicação não transcendental da origem do poder do Estado, fixou-se a necessidade de que a sociedade atuasse como meio propício ao desenvolvimento das faculdades humanas, i.e., ao aperfeiçoamento humano, sendo certo que para atingir esse fim, necessariamente, deveriam estar preservados os direitos inerentes à natureza humana.

Esse raciocínio, tipicamente iluminista, fundará a legitimidade do poder do Estado em termos utilitaristas, ou seja, será a satisfação dos interesses e direitos individuais que justifica o poder. Os próprios conceitos de Direito, e de Lei, são reformulados para atender às expectativas dos homens, deixando de ser axiomas herméticos e imutáveis para tornarem-se expressão da essência relativizada e mutável da sociedade. Sem correr o risco de proceder em uma simplificação que amesquinhe os avanços iluministas, podemos afirmar que o âmago do movimento de renovação cultural perpetrado pelo caráter utilitário resume-se à seguinte afirmação: Se quero a liberdade, devo ter direitos judiciais e garantias jurídico-políticas que a preservem. Nossa opinião é, também, partilhada por Greco Filho (op. cit., p. 34), senão vejamos:

“O campo estava preparado, portanto, para o surgimento da Reforma, cujo princípio fundamental foi a liberdade de consciência, de Rousseau, do enciclopedismo e da Revolução Francesa. Nos Estados Unidos, decorrente da experiência inglesa, estava preparado o espírito para as declarações de direitos de Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte. A Revolução Francesa e a Independência Americana, através de declarações de direitos, consagravam, então, a experiência inglesa da Magna Carta e do *Habeas Corpus Act*, especialmente quanto à consciência de que direitos somente têm consistência acompanhados dos instrumentos processuais para sua proteção e efetivação.”

Conforme já explicitado no início do texto, denominamos “aparato garantidor” os elementos que visam emprestar eficácia e efetividade ao *habeas corpus*, de forma a permitir a proteção da liberdade individual do cidadão. O aparato garantidor é formado por dois componentes distintos, que são os direitos judiciais e os princípios e garantias jurídico-políticos.

Por direitos judiciais entendemos as disposições legais, especialmente processuais, que visam proteger, ou efetivar, direitos materiais. Por conseguinte, vemos que o *habeas corpus* é um direito judicial, pois protege e restitui a liberdade. A proibição de detenção ilegal, corolário do princípio da legalidade (garantia de que qualquer prisão deva ter causas taxativamente previstas em lei, principalmente quando não decorra diretamente de condenação transitada em julgado), atua no mesmo sentido; ambos balizam de forma direta a liberdade de locomoção do ser humano.

Outros direitos desta natureza são o direito a ser julgado, chamado direito a um julgamento justo, e o direito a defesa, sendo decorrente de ambos o conhecido direito ao devido processo legal (*due process of law*). A prescrição de normas que balizem a atividade persecutória e punitiva, prevenindo a oportunidade de que sejam expostos os argumentos conflitantes de acusação e defesa (direito ao contra-

ditório), igualmente constitui requisito para que se possa considerar a liberdade de locomoção (dentre outras liberdades) como um fato concreto, e não apenas retórica demagógica ou utopia.

Os princípios e garantias jurídico-políticos, segundo componente do aparato garantidor, são elementos que conformam o Estado e o ordenamento jurídico. Podem ser, também, normas; porém, sem caráter eminentemente processual. São exemplos destes princípios, no âmbito político, a forma de governo constituída num Estado de direito, e a separação, de forma harmônica e independente, dos poderes executivo, legislativo e judiciário; na seara jurídica, temos os princípios da igualdade perante a lei (ou igualdade formal), o princípio de inocência, além da reserva legal, corolário do princípio latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Deriva, ainda, deste último, a garantia de que a lei penal não poderá retroagir para punir mais severamente um fato cometido antes de sua vigência.

O cunho instrumental do aparato garantidor está evidente nas palavras de Cesare Beccaria (1738-1794) (1996, p. 20-21), quando escreve a introdução de sua mais famosa obra. Partindo da distinção já estabelecida por Locke e por Montesquieu (1689-1755) de que as leis divinas e naturais não são produtos da razão, enquanto as normas positivas dela derivam, o autor italiano se propõe a analisar, racionalmente, a fundamentação das leis positivas, especificamente no campo do Direito Penal e Processual Penal.

“A Justiça divina e Justiça natural são, por essência, imutáveis e constantes, porque a relação entre dois objetos iguais é sempre a mesma; *mas a Justiça humana*, ou seja, política, não sendo senão a relação entre a ação e o estado variável da sociedade, *pode variar à medida que se torne necessária ou útil à sociedade* tal ação, e só será bem discernida por quem analisar as relações complicadas e mutabilíssimas das combinações civis.”

Apesar de alguns institutos e elementos do aparato garantidor já existirem anteriormente, mesmo na longínqua antigüidade, são a filosofia liberal e os postulados racionalistas e empíricos, e sua influência sobre os autores iluministas, que caracterizarão, a um, o caráter instrumental (utilitário) desses elementos na proteção da liberdade; e, a dois, a promoção deste conjunto de direitos judiciais e garantias jurídico-políticas ao patamar de elementos constitutivos fundamentais na organização dos futuros Estados.

Apenas para exemplificar o caráter utilitário do aparato garantidor,¹² podemos observar que não há eficácia em um *writ* de *habeas corpus*, exarado pelo magistrado competente, para fazer cessar a detenção de um indivíduo se esta prisão for determinada pelo poder absoluto. Seja porque tal poder é incontestável, ou seja porque se dele emana a lei e a legalidade, totalmente paradoxal e ilógico que promova ilegalidade.

(12) Cuja importância para a *praxis* da democracia não se esgota nessa abordagem sob o prisma da instrumentalidade.

Afinal, se basta a vontade do soberano, sem necessidade de normatização, ciência ou consentimento de qualquer outra vontade para fazer uma lei, a ordem de prisão seria uma lei perfeita e não atentaria contra o direito. Somente se o direito puder impor uma restrição ao (poder do) Estado é que a liberdade de locomoção – como qualquer outra liberdade do mesmo gênero – estará garantida. O conceito de Estado de Direito, pelo qual as leis determinam o limite de atuação do Estado face o indivíduo – e não somente o oposto – é verdadeira pedra de toque para a válida especulação sobre a proteção do *power of locomotion*.

Ainda tratando da limitação do Estado pelo direito, e dos mecanismos que impedem a hipertrofia do poder estatal, surge o conceito de separação dos poderes, desenvolvido por Montesquieu (1985), dentro do molde de raciocínio cartesiano e utilitário. O nobre francês enunciou a “lei científica” dos pesos e contrapesos, que a atividade empírica demonstrou ser necessária para que o poder político não pudesse ser desvirtuado. Diz Montesquieu (op. cit., p. 148-149):

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

A atuação do conceito de tríplice partição dos poderes no tocante à eficácia e efetividade do *habeas corpus* é semelhante àquela exercida pela noção de Estado de Direito, seja porque ambas estão intimamente ligadas, seja porque atuam no sentido de impedir o arbítrio e resguardar a liberdade individual face ao poder estatal. Outra consequência direta da separação dos poderes é o princípio da reserva legal, pelo qual o magistrado está impossibilitado de ordenar uma prisão sem que haja específica previsão em lei para tanto, bem como habilitado a controlar eventual produção legislativa que, viciada em sua forma ou conteúdo, contrarie o direito inalienável à liberdade de locomoção.

Contudo, apesar de haver um Estado limitado pelo direito e um órgão de poder que possa julgar, de forma independente, contra o próprio poder estatal, a liberdade de um indivíduo precisa estar dissociada da ação de fatores externos como a riqueza material do indivíduo, sua crença, raça ou qualquer outra distinção desta natureza. Nesse sentido, a igualdade perante a lei (ainda que formal, material) deve ser garantida em lei, tornando-se um princípio cuja tutela cabe ao Estado. De outra forma, a liberdade não seria mais um direito do homem, mas acessório, mercadoria, bem suscetível de ser comercializado.

A igualdade perante a lei estava presente tanto na pauta liberal de Locke como na do iluminista francês Montesquieu. Todavia, a primeira manifestação política e filosófica no sentido expresso de que todos os homens, independentemente de sua classe social, devem ter tratamento indiferenciado perante o tribu-

nal que os julga, sem nenhuma espécie de foro privilegiado, é encontrada nos escritos de Beccaria, que transpõe os princípios políticos que resguardam a liberdade para o campo da doutrina penal. Beccaria (idem, p. 30) fundamenta a afirmação de que não se pode privilegiar um cidadão ao outro no fato de que a constituição do Estado e da sociedade civil foi realizada por homens equitativamente livres e soberanos, todos iguais no estado de natureza.

“(...) se cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a todos os seus membros por um contrato que, por sua natureza, obriga as duas partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens, nada mais é do que o interesse de todos, em observar pactos úteis à maioria. A violação de um só pacto, gera a autorização da anarquia.”

O mesmo Beccaria é também responsável pela proclamação do princípio da presunção de inocência. Com efeito, se a liberdade é um direito inquestionável do ser humano, somente outro fato insofismável (decisão condenatória transitada em julgado) seria capaz de justificar a perda deste direito. Diz o italiano (idem, p. 61):

“Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?”

Consoante a metodologia aplicada ao conceito de direito subjetivo à liberdade, em que após sua enunciação por uma determinada corrente filosófica foi necessária sua positivação, devemos proceder na determinação do momento histórico em que os elementos do aparato garantidor restam positivados, episódio que completa o ciclo de gênese e desenvolvimento do *habeas corpus*.

A partir da segunda metade do século XVIII, a Europa ocidental e os territórios americanos foram palco de numerosos movimentos revolucionários, que apresentaram como tendência comum a luta pela derrocada do absolutismo e a consequente implantação de regimes democráticos, de acordo com os paradigmas da filosofia liberal e iluminista. Circunstâncias particulares podem explicar a eclosão de cada um desses movimentos, mas em todos eles subjazem causas mais gerais, decorrentes da conjuntura política do final do século XVIII.

Nessa época, difundiam-se por toda a Europa as idéias dos pensadores e filósofos do século XVIII, principalmente as dos iluministas franceses, fornecendo a base teórica para as reivindicações antiabsolutistas. Na América, um surto de desejo pela autonomia percorreu todo o continente, culminando na independência de grande parte dos países americanos. Na Europa, houve revoluções em diversos países, movimento que se prolongou até a metade do século XIX. A principal delas, que permaneceu como marco da liquidação do regime monárquico absoluto foi a Revolução Francesa, que promoveu, ainda, a implantação de uma nova ordem jurídica e social, baseada na instituição de um regime político democrático.

Assim como a Independência Americana não foi um episódio relevante apenas para os destinos da Inglaterra e seus ex-colonos americanos, a Revolução Francesa teve um significado histórico que extrapolou os limites daquela nação. Ambos os acontecimentos marcaram a evolução posterior de todo o mundo ocidental até nossos dias e, também, de toda humanidade crescentemente “ocidentalizada”. A primeira representou o prenúncio de um sonho acalentado, até então, apenas por filósofos e “românticos”; já a segunda, representou verdadeiro nascimento da moderna sociedade liberal burguesa, abrindo efetivamente a chamada “Era das Revoluções”.

A partir daí, o início do século XIX foi marcado pela eclosão de revoltas em diversos países europeus. Em Portugal, a Revolução do Porto submeteu a monarquia, antes absoluta, à obediência de uma constituição, tendo os reflexos desta ascensão burguesa desencadeado a própria Independência Brasileira.

Em cada nação que se insurgia em nome das liberdades individuais, estabelecendo a primazia do homem face ao poder do Estado (representado pelo arbítrio), foram produzidos documentos escritos, declarações, leis, constituições, em que não só o conceito de liberdade aparece como direito inalienável e inerente ao homem, mas como verdadeiro fundamento da própria nova ordem político-jurídico-social que se implantava.

Nesse sentido, mister destacar aquelas que até hoje vigem ou influenciam nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Dessa forma, os momentos em que se corporificam, consolidam e constitucionalizam os elementos do aparato garantidor são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pelos revolucionários franceses, em 1789; e a Constituição Americana, promulgada nos Estados Unidos da América, em 1787 (positivando os direitos já expressos nas declarações de direitos dos Estados – Virginia, Maryland etc). Esta última destinou-se a criar o sistema de Governo Federal que começou a funcionar na América do Norte em 1789, e à qual se somam vinte e seis emendas, cujas dez primeiras (conhecidas como *Bill of Rights*) foram aprovadas em 1791.

Cremos ter demonstrado, assim como fizemos com o direito subjetivo à liberdade, que o aparato garantidor decorre de uma construção filosófica determinada. Se no primeiro caso desenvolveu-se a positivação daquele direito em virtude da assimilação de direitos ditos naturais do homem pelo Estado contratual que substituiu o natural, no segundo caso, deu-se a implementação destes direitos e princípios a partir de uma visão utilitarista de proteção àquele ideal de liberdade individual.

Com a positivação do aparato garantidor, encerra-se o processo evolutivo do instituto do *habeas corpus*, da forma e pelos motivos aqui expostos.

4. A tendência contemporânea

Encerrado o processo evolutivo do *habeas corpus* nas sociedades desenvolvidas, durante a segunda metade do século XVIII e primeira do século XIX, surge,

no século XX, um movimento para que o instituto libertador seja universalizado através de mecanismos supranacionais que tutelem os dois componentes essenciais de sua existência. Essa tutela ocorre a partir da mesma “fórmula” que garante eficácia e efetividade ao *habeas corpus*, ou seja, positivando o direito subjetivo à liberdade e os elementos do aparato garantidor.

Todavia, não será mais a teoria contratualista, nem o empirismo cientificista, racionalismo liberal, ou qualquer outra corrente filosófica, *de per se*, que servirá de fundamentação teórica para legitimar a garantia da liberdade individual, “(...) como pondera Norberto Bobbio, o maior problema dos direitos humanos hoje ‘não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los’” (Piovesan, 1997, p. 132). Ao contrário do que ocorre com o conceito de liberdade, a teoria utilitarista atua como dantes na justificação dos direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos.

Afinal, como adverte Greco Filho (op. cit., p. 37-38):

“Apesar de todas as declarações, da consagração das liberdades, da institucionalização das garantias, ainda assim passou e passa o mundo por vicissitudes nesse campo, como a experiência comunista ou a nazista.

(...)

Não foi em vão, portanto, após a Segunda Guerra Mundial, a reiteração e atualização dos princípios pela Carta das Nações Unidas, na qual Recaséns Siches [Luís Recaséns Siches: *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, 1965, p. 554] vê uma preocupação quase obsessiva pela proteção dos direitos e liberdades fundamentais do homem, reconsagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada solenemente na Assembléia Geral de 10.12.1948.”

A universalização dos direitos humanos (af contida a liberdade de locomoção) derivou da redefinição do conceito de soberania estatal, e do advento dos direitos humanos como objeto de interesse supra nacional, aliado à redefinição do status do indivíduo, que se tornou sujeito de direito internacional (Piovesan, *ibidem* e páginas seguintes).

É após a Segunda Grande Guerra que o direito internacional se fortalece, sobretudo com a criação da Organização das Nações Unidas, com prerrogativas e atribuições mais amplas que sua precedente Liga das Nações, além de maior representatividade internacional. O repúdio às atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista, sem dúvida, indicou a questão dos direitos individuais como “ponto-chave” na nova organização das relações internacionais.

A liberdade individual passa, portanto, a ser objeto de preocupação internacional, que deseja protegê-la e, principalmente, promovê-la entre os Estados membros da ONU. São estabelecidos, para tanto, mecanismos que visem a afirmação da liberdade e dos elementos do aparato garantidor.

“A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as

instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos.”¹³

Nesse diapasão, são concebidos inúmeros esforços no sentido de positivar, em instrumentos de âmbito supranacional – declarações, pactos, protocolos e convenções – os elementos de que temos tratado. A liberdade como direito subjetivo do indivíduo, e os direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos virão estatuídos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948 – Arts. I a XXI), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP, 1966 – Arts. 2.º a 20), e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969 – Arts. 1.º a 10, e 22, 24 e 25).

Vale ressaltar, ainda, a observação de Greco Filho (*idem*), no sentido de que tal regulamentação não supriu plenamente as expectativas daqueles que lutam pelo contínuo aperfeiçoamento das formas de proteção à liberdade do indivíduo:

“A preocupação a respeito do tema, contudo, ainda não terminou e, aliás, perdurará enquanto o homem for homem, tanto que se encontra em estudos na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proposta de declaração universal dos direitos processuais do homem, a fim de que, concretamente, sejam instrumentalizados os meios de efetivação dos direitos individuais. Dadas as peculiaridades processuais de cada país, acreditamos ser difícil a pormenorização excessiva prevista no projeto primitivo, o qual desce a detalhes como o sistema de recursos, a capacidade postulatória etc. Todavia, a preocupação é válida e acreditamos viável e útil a formalização de princípios básicos do processo, único instrumento adequado à verdadeira efetivação dos direitos.”

Contudo, uma vez erigido o indivíduo à categoria de sujeito internacional de direitos, surge nova aporia, pois os documentos que estabelecem aquelas garantias não contam com um órgão que as possa assegurar, remetendo apenas aos Estados membros a sua proteção. Ocorre que, caso um dos Estados não fiscalize ou respeite os direitos previstos nos textos internacionais, não existirão meios do indivíduo atingido obrigá-lo (Estado) a cumprir o comando legal supranacional.

Com efeito, não há órgão jurisdicional, em nível internacional, que tutele o direito dos indivíduos. Nos conta Cranston (*op. cit.*, p. 51-53):

“O falecido juiz Lauterpächt, num livro que escreveu logo depois da última guerra [Segunda Guerra Mundial], argumentava que a proteção dos direitos humanos dependia grandemente da instituição de um novo organismo internacional com esse propósito específico. O próprio Lauterpächt era juiz da Corte Internacional de Justiça de Haia; mas este é um tribunal instalado a que somente os Estados têm acesso. Ele desejava um tribunal instalado a que os indivíduos pudessem recorrer em busca de reparação se seus próprios governos deixassem de respeitar seus direitos.”

(13) Piovesan, *op. cit.*, p. 141.

Infelizmente, não houve, quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o consenso necessário a fim de que fossem estabelecidos os parâmetros para a concretização das propostas de Lauterpächt. A despeito dessa dificuldade, que perdura até os dias atuais, e cuja solução depende de maior amadurecimento político dos países membros da ONU, para que não se sintam atingidos em sua soberania com a criação de um tribunal com jurisdição internacional, e ao qual os indivíduos poderiam peticionar diretamente, já há, no panorama americano, uma importante conquista. Piovesan (op. cit., p. 237-238) nos fala da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que:

“(...) tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção [CIDH]. Se reconhecer que efetivamente houve violação à convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima.

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a sentença valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.”

Contudo, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser expressamente reconhecida pelo Estado membro da CADH, já que é cláusula facultativa dessa Convenção. Os Estados Unidos, dentre outros países, até 31.05.2001, não haviam reconhecido a jurisdição da Corte.¹⁴ Ademais, apenas os Estados membros, ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estão legitimados a pleitear diretamente à Corte, não sendo reconhecida essa faculdade ao indivíduo (ibidem).

Por outro lado, o Estado brasileiro recentemente (10.12.1998) retirou a reserva estabelecida em relação à jurisdição da CIDH quando de sua ratificação, passando a assegurar um fórum internacional de proteção aos direitos individuais de seus cidadãos. Ressaltemos, porém, com enorme pesar, a existência de movimentos no sentido inverso, que vêm ocorrendo em alguns Estados, com o fito de retirar da proteção da CIDH os direitos internacionais de indivíduos, como ocorreu no Peru onde aprovou-se uma lei retirando aquele Estado da jurisdição da citada Corte.¹⁵

⁽¹⁴⁾ Dentre os países signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Chile, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela) apenas Barbados, Dominica, Estados Unidos, Granada, Jamaica e Trinidad e Tobago não reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana. Informações disponíveis no sítio <www.cidh.org>, e atualizadas até 31.05.2001.

⁽¹⁵⁾ Conforme notícia publicada no *Jornal do Brasil*, em 09.07.1999, p. 6.

Paralelamente, há corrente doutrinária – da qual comungamos – estabelecendo que, em virtude do teor do texto da Carta Política de 1988, as disposições da DUDH, PIDCP e CADH (Pacto de São José da Costa Rica), a partir de suas ratificações pelo Senado Federal, em 10.12.1948, 24.01.1992 e 25.09.1992 (respectivamente), passaram a ter *status* de norma constitucional. Essa incorporação decorre, na “doutrina mais lúcida sobre a matéria”,¹⁶ da interpretação dos dispositivos constitucionais pátrios, notadamente o art. 4.º, II, em cotejo com o art. 5.º, § 2.º, todos da CF.

Assim, em relação às tendências de universalização da concepção de liberdade e dos elementos do aparato garantidor, podemos afirmar que embora não haja permissivo legal para que os direitos internacionais do indivíduo possam ser diretamente tutelados por um órgão jurisdicional internacional (v.g., cidadão brasileiro impetrando *habeas corpus* contra decisão ilegal proveniente da Corte Suprema nacional), devido à inexistência deste órgão, há, indiretamente a possibilidade de que tais direitos sejam tutelados pela Comissão Internacional de Direitos Humanos.

No caso brasileiro, tendo o Brasil, recentemente, reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, caminhamos mais um degrau rumo ao conceito do indivíduo com direitos que transcendem as fronteiras políticas que dividem os Estados nacionais. Esse avanço é significativo, mas não olvida a necessidade de refletir sobre a proposta de Lauterpächt como garantia mais efetiva de proteção dos novos direitos supranacionais. De toda sorte, a efetividade dos direitos enunciados nos tratados internacionais pode ser exigida, ainda no direito pátrio, em face de sua positivação, com *status* de garantia constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

5. Conclusão

O *habeas corpus* é hoje o instrumento processual que protege a liberdade de locomoção do indivíduo, seja prevenindo sua supressão, seja restaurando-a. Sua criação foi delineada ainda na Idade Antiga, através do *interdictum de homine libero exhibendo*, ganhando novo impulso rumo ao desenvolvimento, porém, após sua enunciação na Carta Magna inglesa, no século XIII. Já sua evolução durante a Idade Moderna, apesar de também marcada por uma modificação na fundamentação teórica da liberdade individual (com a abertura de novas perspectivas, desde o advento da teoria contratualista), pode ser dita contínua, vez que não era mais a justificação filosófica que esteve em pauta, mas sim a criação de mecanismos que pudessem garantir a efetividade do *habeas corpus*.

A atual concepção do instituto decorre da conjugação de dois fatores distintos, que são o conceito de liberdade como direito subjetivo do indivíduo, e a

(16) Antônio Augusto Cançado Trindade, *in* Piovesan, op. cit., p. 23.

existência de um “ambiente” jurídico-político que assegura sua válida proteção. Enquanto a liberdade individual esteve subjugada pelo Estado, sendo considerada mera “faculdade” que este “concedia” a seus súditos, e o indivíduo não era considerado sujeito de direitos, o *habeas corpus* representou tímida proteção. Da mesma forma, enquanto não se positivaram os direitos e princípios que garantiram a conformação dos postulados jurídico-judiciais-políticos para a organização de um Estado composto de indivíduos livres, e não havia formas de controle do Poder Público em sua ingerência nos direitos individuais, o *habeas corpus* não poderia ser exercitado em sua plenitude.

Vimos que a liberdade de locomoção é transformada em direito subjetivo do indivíduo, exigível face ao Estado, quando, através das premissas filosóficas do contratualismo, o “direito natural” à liberdade é positivado. Demonstramos, também, que o “aparato garantidor” foi fruto do utilitarismo jurídico proveniente da filosofia iluminista e sua posituação durante as Revoluções Americana e Francesa – além das subseqüentes, influenciadas pelas primeiras – representou a consolidação dos enunciados libertários, modificando a relação Estado-cidadão, de forma a permitir a efetiva proteção àquele direito subjetivo.

Estabelecidas essas proposições, comprovamos que a evolução do *habeas corpus* se consuma no momento em que seus dois componentes – idéia de liberdade individual enquanto direito subjetivo do cidadão e direitos judiciais e princípios e garantias jurídico-políticos como balizas para a atuação do Estado – restam, simultaneamente, positivados em lei, passando a ser obrigação do Estado tutelá-los, de forma que torna-se inequívoca a efetividade e eficácia do mecanismo processual de proteção e restabelecimento da liberdade de locomoção.

Finalmente, verificamos que a humanidade, na busca por uma proteção mais ampla e eficaz desse direito fundamental que é a liberdade, procurou estabelecer tais garantias em nível supranacional, de forma que o indivíduo se tornasse sujeito de direitos que transcendem seu próprio estado, e merecem proteção da comunidade internacional. Vimos, também, que não está consolidada, ainda, a eficácia das disposições presentes nos textos internacionais, vez que o indivíduo que tenha seus direitos violados pelo Estado-membro do pacto ou convenção não tem a quem postular a tutela destas garantias supranacionais.

Encerramos nosso trabalho acreditando que a última etapa do processo de desenvolvimento do “remédio heróico” não é uma utopia, e que, em breve, qualquer indivíduo poderá pleitear, junto ao organismo internacional apropriado, a garantia e proteção de seu direito soberano e sacrossanto à liberdade. Temos certeza de que estaremos caminhando na direção do aperfeiçoamento da raça humana se mantivermos nossos passos na diretriz traçada nas centenárias palavras inscritas no Capítulo 29 da Carta Magna inglesa.

“No free man shall be taken, or imprisoned, or dessized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but

by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To none will we deny or delay right or justice.”

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *A política*. 1. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- . *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1973.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : RT, 1996.
- CÂMARA, Edson Arruda. “O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo”. *Revista de Informação Legislativa* 92. Brasília : Gráfica do Senado Federal, 1986.
- CÍCERO. *Da República*. 3. ed. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1985.
- COLLINET, Paul. *La Nature des Actions des Interdits et des Exceptions dans l'oeuvre de Justinien*. Paris : Université de Paris, Coleção Études Historiques sur le Droit de Justinien, 1947.
- CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia – Parte primeira – Filosofia grega*. 2.ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991. t. II.
- CRANSTON, Maurice. *O que são direitos humanos?* São Paulo : Difel, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os Writs na Constituição Federal de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques de Romans*. 2. ed. Paris : Librairie Plon, 1928.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo : RT, 1996.
- GUSKOW, Miguel. *Dez temas de direito político*. Rio de Janeiro : Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1986.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo : Martins Fontes, 1992.
- . *Leviatã*. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1983.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Cia. das Letras, 1988.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo : Abril , Coleção Os Pensadores, 1983.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. vol. IV.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat; Barão da Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo : Abril, Coleção Os Pensadores, 1985.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. vol. I.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, José Francisco. *História e prática do habeas corpus (Direito constitucional e processual comparado)*. 3. ed. Rio de Janeiro : José Konfino, 1955.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel C. Meyer. *Estudos de direito internacional*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1965.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *O habeas corpus e a liberdade pessoal*. São Paulo : RT, 1964.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- VILLEY, Michel. *Le droit e le droit de l' homme*. Paris : Puf, 1983.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

MAUS-TRATOS: INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO PENAL E CONFRONTO COM O DELITO DE TORTURA

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estrutura jurídica: 2.1 Delito próprio; 2.2 Cerne do delito; 2.3 Autonomia dos tipos alternativos; 2.4 Prática forense: autoridade pública; 2.5 Prática forense: vínculo de paternidade; 2.6 Vontade exegética; 2.7 Formas qualificadas – 3. Paralelo e confronto com o delito de tortura – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de análise hermenêutica do art. 136 do CP em vigor (maus-tratos) e consequente cotejo com outras figuras delituosas. Enfatiza-se a exigência legal de específica relação jurídica de subordinação e dependência entre as partes envolvidas, haja vista a presença de camadas ou categorias típicas que se reclamam e se interligam reciprocamente. Divergências interpretativas, no entanto, atestam as dificuldades de enquadramento jurídico-penal, ampliadas com a vigência da Lei 9.455/97, alusiva aos crimes de tortura. Conclui-se que ficou ainda mais difícil apreender, lecionar ou praticar o direito penal. É que a prática depende do aprendido (ensino). E o ensino (aprendizado) não pode ignorar a prática, que envolve os ingredientes de sempre, incertos e fugidios, ligados às circunstâncias históricas e à personalidade do intérprete com poder decisório.

Palavras-chave: Crime de maus-tratos – Crime de lesão corporal – Crime de tortura – Dolo de dano – Dolo de perigo – Conflito aparente de normas – Conflito real de normas – Vontade interpretativa – Visão crítico-metodológica.

“Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a um ano, ou multa

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

§ 3.º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.” (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.069, de 13.07.1990.)

1. Introdução

Prevê o Código Penal em vigor uma série de condutas distintas para a incriminação genérica dos “maus-tratos” (art. 136). O denominador comum dessas condutas é a exposição a perigo da vida ou saúde de quem esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. O legislador de 1940 inspirou-se em grande parte nos arts. 137 a 141 do Código de Menores de 1927, que foram incorporados, através da Consolidação das Leis Penais (1932), ao capítulo referente à *subtração, ocultação e abandono de menores* do Código Penal de 1890. Esse capítulo, inserido no Título IX da Parte Especial – *Dos crimes contra a segurança do estado civil* – tratava também da poligamia, da celebração do casamento contra a lei e do parto suposto e outros fingimentos. Não havia um capítulo próprio relativo a delitos de perigo individual.

Castigos imoderados, maus-tratos, imposição de trabalho excessivo, privação de cuidados indispensáveis, até então dispersos e concernentes aos menores de 18 anos, estão agora aglutinados em um único dispositivo, o art. 136, mais abrangente quanto à vítima e duplamente carimbado como delito de perigo: por sua inserção no Capítulo III do Título I – *Da periclitação da vida e da saúde* – e pelo enunciado de abertura do tipo: “*Expor a perigo a vida ou a saúde etc.*”.

Nota-se, portanto, no início, uma certa semelhança com o delito do art. 132. Mas o vínculo específico entre o agente e a vítima e os detalhes quanto ao modo de execução, descritos no final do preceito, não deixam a menor dúvida quanto ao caráter da norma, que é especial, e por isso prevalente (conflito aparente de normas).

Examino, em seguida, alguns itens que reputo relevantes. De um lado, procedo a uma análise hermenêutica do texto legal (visão teórico-dogmática); de outro, elaboro observações de ordem crítico-metodológica, na linha de pensamento de compêndio recentemente publicado (*Curso crítico de direito penal*, Florianópolis: Obra Jurídica, 1998). Essa análise e observações se estendem, no final, a uma das espécies do crime de tortura (Lei 9.455/97, art. 1.º, II), para confronto e distinção lógico-sistemática.

2. Estrutura jurídica

2.1 Delito próprio

Cotejando-se o enunciado da norma (crime de maus-tratos) com o teor do art. 133 (abandono de incapaz), verifica-se que não se repete a expressão “cuida-

do”, e sim, “autoridade, guarda ou vigilância”. Somente mais adiante é que se faz menção, em outro contexto, em “cuidados indispensáveis”. Ainda é pouco. A vítima, em relação ao sujeito ativo, além de estar “sob sua autoridade, guarda ou vigilância”, a ele é confiada “para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia”. Na lição de Monteiro de Barros, exige-se “especial relação de subordinação da vítima ao agente, proveniente de direito público ou privado” (*Crimes contra a pessoa*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 156). Pressupõe-se um elo de específica dependência jurídica, mesmo que restrita e de pouca duração, associada exclusivamente àqueles itens apontados pelo legislador: *educação, ensino, tratamento ou custódia*.

Fala-se em relação jurídica de *guarda* quando alguém tem o encargo de prestar a outrem, situado em uma posição de carência ou incapacidade, auxílio e assistência de ordem material, moral e pedagógica; de *vigilância*, quando a obrigação se restringe a um compromisso ocasional de observação e proteção acautelatória; de *autoridade*, na hipótese de um poder-dever de mando e orientação, vinculado a normas de direito público ou direito privado. Basta qualquer uma dessas relações para que ocorra o delito, desde que preenchidas, é claro, as demais condições. Mas é comum que elas coexistam. O pai, por exemplo, no que tange ao filho menor, com quem sai a passeio, mantém sobre ele deveres de vigilância, guarda e autoridade.

O diretor da penitenciária tem a guarda (custódia) dos sentenciados e sobre eles exerce autoridade, nos termos e limites da lei. O guia de uma expedição arriscada (para os efeitos do art. 136, expedição de caráter educacional) deve conservar sua proteção (vigilância) até o final de seu trabalho.

Quem oferece carona em seu carro a uma pessoa inválida assume compromisso de guarda e vigilância: não pode deixá-la em lugar perigoso, do qual se afaste voluntariamente. O conceito de guarda, por sua “inquestionável flexibilidade no campo penal”, inclui igualmente as hipóteses de “qualquer situação fática devidamente demonstrada”, como lembra Silva Franco (“Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97”, *RBCCrim* 19/61, São Paulo : RT, jul.-dez. 1997). Devo, no entanto, esclarecer que na hipótese aventada o fato não se enquadraria no art. 136, que exige o preenchimento concomitante de outras condições. Haveria, sim, abandono de incapaz (art. 133).

Com relação aos demais itens, transcrevo a lição de Frederico Marques, estribada por sua vez em Mário Manfredini, da Itália: “Educação é conceito empregado, no tipo, com o sentido de atividade para infundir hábitos a fim de aperfeiçoar, sob o aspecto moral ou cultural, a personalidade humana. Ensino significa o estrito trabalho docente de ministrar conhecimentos. Tratamento compreende não só o cuidado clínico e assistência ao doente como ainda ação de prover à subsistência de uma pessoa. Custódia é a detenção de alguém em virtude de motivos que a lei autoriza” (*Tratado de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1961. vol. 4, p. 339). De modo semelhante: Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. vol. 5, p. 450) e Aníbal Bruno (*Direito penal. Parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1966. t. 4, p. 261).

Como decorrência do que ficou exposto, deduz-se facilmente que são sujeitos do delito, como agente e vítima, respectivamente, dentre outros: os pais em relação aos filhos; os tutores, quanto a seus pupilos; os curadores, no que concerne aos interditos ou curatelados; os diretores de escolas, de hospitais, de prisões, em face dos alunos, enfermos e encarcerados, e assim por diante.

Não incide nas penas do art. 136, mesmo que “abuse” dos meios de correção ou disciplina, o vizinho que, a pedido dos pais, que retornariam horas depois, toma conta de uma criança. Não pode ser sujeito ativo porque tem apenas a guarda momentânea do menor, ou sobre ele exerce vigilância. Falta-lhe o direito de corrigir ou disciplinar, direito esse que não lhe foi delegado ou transferido. Também está excluído do rol dos possíveis agentes do delito o dono de restaurante que, descumprindo o que ficou acertado com o jovem de 16 anos de idade, lhe forneça repetidas vezes, de modo incompleto, a alimentação médico-dietética recomendada, com risco para a saúde do adolescente. Ele não se encontra no desempenho de autoridade, guarda ou vigilância. Vizinho e proprietário do restaurante praticariam, em tese, em havendo o dolo de perigo, o delito do art. 132, o que pode significar um benefício no que tange à ocorrência de formas qualificadas. Igualmente excluídos: o seqüestrador (e cúmplices) em relação à pessoa seqüestrada, pois é visível o contraste entre a ilicitude do fato e o fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Nesta hipótese, aliás, de acordo com a lei, os maus-tratos à vítima qualificam o delito de seqüestro (CP, art. 148, § 2.º).

Em resumo, em nenhum desses casos se vislumbra o vínculo *específico* entre os sujeitos ativo e passivo, quer dizer, o exercício legal ou convencional de *autoridade*, *guarda* ou *vigilância* correspondente à obrigação ou compromisso de *educar*, *ensinar*, *tratar* ou *custodiar* – a menos, é claro, que se busquem sentidos mais amplos ou alternativos para as expressões utilizadas, tornando-as praticamente inúteis ou dispensáveis.

Está-se diante de mera decorrência da estrutura do delito, que apresenta ainda outras particularidades. Conduta e resultado se limitam, nos termos da lei, ao perigo inerente à privação de alimentos ou cuidados indispensáveis; à sujeição a trabalho excessivo ou inadequado; ao abuso de meios de correção ou disciplina. “A discriminação legal dos meios executivos – preleciona Frederico Marques – não tem o caráter de exemplificação, pelo que o enquadramento da conduta, na figura típica abstrata, se opera apenas através dos casos e hipóteses nela expressamente descritos” (op. cit., p. 337). Modos diferentes de exposição a perigo escapam do âmbito de incidência da norma. Assim, não infringe o art. 136, mas o art. 132, o diretor de escola primária que *de outra forma* expõe a perigo direto e iminente a vida ou a saúde do aluno (por exemplo, ao manobrar seu automóvel no pátio do colégio com dolo de perigo). Semelhantemente, quando age com o ímpeto de correção ou disciplina em local e momento que destoam de suas atribuições funcionais (por exemplo, em outra cidade, estando o aluno em gozo de férias).

O professor universitário, no âmbito restrito de suas atribuições funcionais, exerce *autoridade* sobre o estudante, de quem pode cobrar uma certa *disciplina*, centrada nos objetivos do curso. A letra da lei, em sua amplitude, os abrange em

tese como sujeitos ativos e passivo. Resta saber se poderiam ser preenchidas as demais condições do delito. Assim, é natural que se pergunte se o acadêmico de química, ao sofrer risco de vida ou saúde diretamente relacionado com o *abuso* das instruções recebidas para o cumprimento de tarefas específicas do plano de ensino, se enquadraria como vítima do crime de maus-tratos. Resposta negativa. Não é esta a idéia que se colhe dos livros de doutrina, que parecem preferir – o que me soa razoável – uma exegese mais estrita, na linha de pensamento da legislação revogada (menores de 18 anos). Exige-se um poder disciplinar de um significado muito específico, equiparado ao poder de castigo ou correção. Isto só faria sentido em relação a crianças ou adolescentes, valendo a observação para o item referente aos trabalhos excessivos ou inadequados. O princípio da insignificância, encarado em sua maior abrangência, serve de contrapeso hermenêutico a um vínculo de subordinação e dependência sem nenhum relevo para a “razão de ser” (*ratio legis*) do crime do art. 136. Subsistiria, porém, o art. 132.

Maiores de 18 anos seriam vítimas em outro contexto: por exemplo, como internos de instituições hospitalares ou de asilos para idosos, e também como presos ou encarcerados. Quanto a isso, parece haver unanimidade na doutrina. Desta feita, subentende-se um maior grau de fragilidade física ou psicológica, em face das circunstâncias: tratamento e custódia. O vínculo de subordinação e dependência alcança o necessário grau de importância jurídica requerido pela norma.

Que eu seja bem entendido: estou relatando autênticas *opções* exegéticas. Inexiste no texto ou no contexto legal suficiente clareza de dados ou informações objetivas.

2.2 *Cerne do delito*

Na vida real, em termos estatísticos, são os genitores os que mais são chamados a prestar contas à Justiça, na condição de acusados da prática de maus-tratos. No entanto, os filhos menores não se encontram sob sua autoridade, guarda ou vigilância “*para fim de* (grifos meus) educação, ensino, tratamento ou custódia”. É a paternidade, por si só, que lhes confere, nos termos da Constituição e legislação civil, o poder-dever de guarda, sustento, assistência, criação e educação, dentre outros. Mesmo assim, e isto é trivial em tema de hermenêutica jurídica, não há como buscar no texto um embasamento técnico incompatível com sua *ratio*. A razão da lei, sem embargo de imperfeições quanto à forma, é que deve preponderar. E os progenitores, conforme entendimento pacífico, se encaixam na estrutura jurídica do crime.

E na hipótese de criança entregue regularmente aos cuidados de sua ama, de sua babá, enquanto os pais trabalham ou realizam uma viagem? É curioso notar que os penalistas não relutam em incluí-la entre os sujeitos do art. 133 (abandono de incapaz) mas a *omittem* da lista reservada para o art. 136. Alguns, inclusive, remetem o leitor ao que ficou dito sobre guarda, vigilância e autoridade quando do estudo do art. 133. Ainda assim, pouco ou nada esclarecem, na sequência, acerca da *omissão* da lista referente ao art. 136.

Entendo que o empregado doméstico está legitimado como possível autor do delito desde que seja incumbido, pelo contrato, de zelar pela vida e saúde de pessoa incapaz, através de vigilância ou administração regular de alimentos ou remédios. Se ele deixa dolosamente (dolo de perigo) de cumprir seus deveres específicos, colocando em risco a vida ou a saúde da vítima, incide nas penas do delito de maus-tratos.

Trata-se de crime de perigo e o objetivo da lei é prevenir uma série de condutas de *aparente* licitude, eis que praticadas ou omitidas por pessoas que, em tese, estariam zelando pelos interesses da vítima. Chegamos, segundo me parece, ao cerne do dispositivo: o perigo inerente à omissão de cuidados imprescindíveis ou à conduta abusiva no que concerne à imposição de trabalho ou disciplina, em detrimento e quebra de específico dever jurídico.

Percebe-se que a expressão legal “para fim de” circunscreve ou delimita a espécie de autoridade, guarda ou vigilância de certos sujeitos – ou seja, desde que concernente a educação, ensino, tratamento, custódia – mas não impede o enquadramento dos pais como agentes, em tese, do delito. Se um estranho, de longe, resolve exercer vigilância sobre uma criança, que brinca em local perigoso, e ao mesmo tempo a priva de “cuidados indispensáveis”, deixa de incidir nas penas do art. 136 porque lhe falta o *específico* dever de educação, ensino, tratamento ou custódia. Em princípio, comete omissão de socorro (art. 135). Para os pais, entretanto, o dever de agir é imediato, não há necessidade de se indagar se a criança com eles se encontrava *para fim de* educação, ensino, tratamento ou custódia. Basta que se vislumbre, nas circunstâncias, relação de causa e efeito entre o perigo à vida ou à saúde e a dolosa omissão paterna. Vale o raciocínio para todos os que, de modo formal, assumem encargos em regime de família substituta: guarda, tutela ou adoção. É que igualmente nessas hipóteses encontram-se embutidos, em lei, o desempenho de autoridade e os deveres de assistência material, moral e pedagógica.

A propósito, a privação de cuidados indispensáveis melhor se caracteriza com a repetição, permanência ou continuidade da omissão exigida, a ponto de provocar, num determinado momento, a necessária e relevante situação de perigo que o legislador quer evitar. Mas nada impede a tipicidade de uma privação de cuidados praticada de um só fôlego, desde que visível, e relevante, a gravidade do perigo inerente à omissão. Em certas circunstâncias, aliás, deve-se cogitar de outro delito, o do art. 244, *in fine*: “deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo” (concurso aparente de normas).

Convém aduzir que a especificidade da conduta (privação de alimentos ou cuidados indispensáveis), juntamente com as demais (sujeição a trabalho excessivo ou inadequado; abuso de meios de correção ou disciplina), reforça o entendimento de que se está diante de crime próprio. Só determinadas pessoas, por força de lei ou de contrato, é que têm o dever prévio seja de cuidar de alguém ou dar-lhe alimentação, seja o de impor-lhe em seu próprio benefício (benefício da vítima) certas atividades ou abstenções. Entre acusado e vítima há de existir “vínculo de sujeição”. E “o vínculo de sujeição – sintetiza Mayrink da Costa – é que

outorga o exercício dos poderes disciplinares coercitivos e corretivos" (*Direito penal. Parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. vol. 2, p. 215).

2.3 Autonomia dos tipos alternativos

Não é necessário, como lembra Aníbal Bruno, "que o atuar abusivo do agente tenha um fim de educação ou disciplina. Basta que se realize dentro daquela relação de dependência que lhe atribui a guarda e vigilância do ofendido" (op. cit., p. 261). O fim de educação ou disciplina somente está consignado na terceira e última alternativa do tipo, alternativa essa que não interfere na autonomia das demais, referentes à privação de alimentação ou cuidados indispensáveis ou à sujeição a trabalho excessivo ou inadequado.

Essa terceira e última hipótese, contudo, sendo de todas a mais comum, acaba confundindo a exegese, a ponto de estender-se às primeiras, apesar do silêncio da lei. "Somente se compõe o delito", assevera Fabbrini Mirabete, "quando existir o *animus corrigendi* ou *disciplinandi*" (*Manual de direito penal. Parte especial*. São Paulo : Atlas, 1995. vol. 2, p. 141). Também Roberto Lyra: "O sujeito ativo há de estar no exercício de correção ou disciplina, a justo e oportuno título, no uso do próprio e verdadeiro poder, ligado sempre à finalidade de educação, ensino, tratamento ou custódia" (*Noções de direito criminal. Parte especial*, Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1944. vol. 1, p. 184). Mais abaixo: "Se o móvel não é corretivo (*animus corrigendi*) ou disciplinar, o fato constituirá crime mais grave, conforme as circunstâncias" (p. 184).

Também Mayrink da Costa: "O crime de maus-tratos consiste no *abuso* dos meios de coerção e disciplina, em prejuízo de quem está sob sua autoridade, guarda ou vigilância, por motivos de educação, ensino, tratamento ou custódia, ou sujeitando a trabalho excessivo ou inadequado, ou privando-o de alimentação ou cuidados indispensáveis, colocando em perigo a vida ou a saúde do ofendido" (op. cit., p. 214).

Entendo que a razão está com Aníbal Bruno, sobretudo porque ele amenizou sua tese ao relacionar diretamente o abuso dos castigos disciplinares "com o exercício do direito e dever de correção que incumbe a pais e mestres e se estende no Código a outras posições de autoridade" (p. 263-264). Aí, sim, cabe verificar se houve a intenção de corrigir ou disciplinar. Acontece que existem outros subtipos, e com diversa estrutura. Parece-me inconcebível, por exemplo, no espírito da lei, o *animus corrigendi* ou *disciplinandi* sobre um adulto acidentado, inconsciente, ou sobre uma criança recém-nascida, que no entanto estão sujeitos, como vítimas, aos riscos de privação de alimentos ou de cuidados indispensáveis, referidos no art. 136. Também a imposição de trabalhos excessivos ou inadequados pode ocorrer por motivos independentes de qualquer motivação corretivo-pedagógica: ganância ou cupidez, dentre outros. A lei revogada, aliás, quando tratou do assunto, tipificava a conduta de "fatigar física ou intelectualmente com excesso de trabalho, *por espírito de lucro, ou por egoísmo, ou por desumanidade* (grifei), menor de 18 anos que lhe esteja subordinado como empregado, operário, aprendiz, domés-

tico, aluno ou pensionista, de maneira que a saúde do fatigado seja afetada ou gravemente comprometida” (*Consolidação das Leis Penais*, art. 292, IX).

Trabalhos excessivos são aqueles que ultrapassam em quantidade a capacidade física ou mental da vítima, embora com ela compatíveis, na dosagem moderada. Fala-se em trabalho inadequado quando a incompatibilidade se revela de imediato, por sua qualidade ou natureza. As condições pessoais da vítima (sexo, idade, vigor físico etc) é que determinam, em princípio, o nível de adequação, mas podem igualmente servir de critério para os limites inerentes ao tempo máximo recomendável (excesso). O denominador comum continua o mesmo: o perigo à vida ou à saúde provocado pelo desempenho de trabalho excessivo ou inadequado.

De modo grosseiro, em resumo, pode-se dizer que o art. 136 se compõe de três camadas que se reclamam e se interligam reciprocamente. Na base, a exigência mínima de alguém no exercício de “autoridade, guarda ou vigilância”. Acima, restringindo a tipicidade quanto ao sujeito – e, pois, quanto à vítima – a porção concernente à “educação, ensino, tratamento ou custódia”. No ápice, em nova delimitação, voltada para o *modus operandi*, a exposição a perigo da vida ou da saúde consistente na privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, na sujeição a trabalho excessivo ou inadequado ou no abuso de meios de correção ou disciplina.

2.4 Prática forense: autoridade pública

Do exame conjunto dessas condições interligadas é que se chega à conclusão de uma específica e mui particular relação jurídica de subordinação e dependência entre as partes envolvidas. Todo cidadão, *verbi gratia*, está de alguma forma sob a *autoridade* dos órgãos ou poderes públicos, nos termos e limites da Constituição e das leis. É pouco. A autoridade policial ou de trânsito que, numa ocorrência qualquer, nega a uma pessoa os “cuidados indispensáveis” ou lhe impõe uma disciplina abusiva, com risco de vida ou à saúde, nem por isso comete o delito do art. 136. Pode estar infringindo, em tese, os arts. 135 ou 132 do CP vigente, sem prejuízo do abuso criminoso tipificado em lei especial (Lei. 4.898, de 09.12.1965) ou, segundo outros, no próprio Código Penal (arts. 322 ou 350, que não estariam revogados). Quer dizer, a par da previsão legal própria, e portanto preponderante, leva-se em conta a inoccorrência de um *vínculo personalização preexistente* entre os sujeitos do delito. No exemplo acima, a vítima, nas circunstâncias, não se encontraria previamente em específico regime de educação, ensino, tratamento ou custódia. Faltando esse detalhe, falta obviamente o delito, em sua plena e exclusiva tipicidade.

Diversa é a situação de prisão em flagrante. O policial que a efetua o faz em cumprimento dos deveres do seu cargo (autoridade). Forma-se uma relação jurídica perfeitamente definida e amparada em lei. De um lado, a manutenção da prisão ou custódia; de outro, a sujeição, a dependência, a subordinação. Se o policial, no trajeto até a delegacia, ou no seu interior, expõe a perigo a vida ou a saúde do preso, mediante abuso dos meios de correção ou disciplina, pratica o

delito em pauta. Qual a diferença? Neste caso, delinea-se previamente um quadro bem definido de deveres e obrigações específicos, haja vista o exercício de *autoridade* para o fim de *custódia*. O preso encontra-se à mercê – no sentido de dependência – da autoridade policial, que age, de início, dentro da lei.

Na prática forense, todavia, considerando que é de *violência física ou corporal* que se toma conhecimento na grande maioria das vezes, pressupõe-se quase automaticamente que tenha havido *dolo de dano*. Subentende-se secundária a questão do fim ou motivo, ou seja, o abuso dos meios de correção ou disciplina, que só interessa no contexto de um crime de perigo (art. 136). É por isso que vem prevalecendo maciçamente a subsunção a outros tipos criminosos, tais como o abuso de autoridade da Lei 4.898/65, isoladamente, ou em concurso com lesões corporais. Atualmente, com a vigência da Lei 9.455, de 07.04.1997, concernente à tortura, ampliou-se o leque de figuras delituosas sobre violência à pessoa, permanecendo os maus-tratos do art. 136, ao menos em tese, com sua estrutura típica de *perigo*.

Até agora, todavia, “maus-tratos” (art. 136) na execução de prisão em flagrante, ou nas dependências dos presídios, parece assunto exclusivo de livros de doutrina, não de jurisprudência (direito vivo).

A lei está aí, falando em delito de maus-tratos quando alguém, sob custódia (detenção) da autoridade – no caso, autoridade pública – tem sua vida ou saúde exposta a *perigo* em decorrência de privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, ou do abuso dos meios de correção ou disciplina. Objetivamente, esse perigo já se encontra de antemão institucionalizado, haja vista a notória precariedade de muitos estabelecimentos prisionais. Subjetivamente, porém, o vínculo incriminatório fica mais difícil, a falha reside no sistema, de geração em geração dilui-se a correspondente responsabilidade. Daí que, segundo já anotado, interessa na prática o dolo de dano, interessa o abuso de autoridade a que se refere a Lei 4.898/65. Resta na penumbra o art. 136.

2.5 Prática forense: vínculo de paternidade

Com os pais é diferente. Mesmo que procedam com dolo de lesão corporal, recebem da jurisprudência, na maioria das vezes, o tratamento privilegiado do art. 136, *caput*, cuja materialidade, contudo, nos termos da lei, é de perigo, tão-somente de perigo. Comparem-se os dois arts.: 129 – “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”; 136 – “Expor a *perigo* a vida ou a saúde de pessoa (...)”.

Os doutrinadores tocam no assunto, lembram que o crime é de perigo, que inexistia a intenção de ferir do crime do art. 129. Não funciona. Daí a pergunta: persistiria, no Brasil, a ultrapassada concepção de licitude da própria lesão corporal sobre os filhos quando exercitada para fins de correção ou disciplina?

Examinem-se os autos de vários processos-crime. Está ali bem claro que o pai, de chicote na mão, ou qualquer instrumento vulnerante, provoca deliberadamente equimoses, hematomas e escoriações, inclusive com perdas sanguíneas.

Não importa. Se agiu para impor sua disciplina, comete o delito do art. 136, em havendo abuso. Não incide nas penas do art. 129.

Elucidativas, por seu valor semântico, as hipóteses de Fabbrini Mirabete, colhidas da jurisprudência: *espancamento, surra, paulada, uso do relho ou chicote* (op. cit., p. 140-141). Essa realidade judicial, estonteante, foi até incorporada pelo eminente penalista. Mesmo tendo circunscrito a objetividade jurídica do crime a uma simples exposição a perigo, que corresponde ao momento consumativo (p. 139 e 141), menciona como exemplo – distinto de outras formas, que exigiriam habitualidade – a ação de “surra um jovem provocando-lhe lesões sérias, ainda que não graves” (p. 141). Ora, salvo engano, na hipótese de alguém que surra, provocando lesões sérias, a regra é o dolo, *dolo de lesões corporais*, direto ou eventual. Em princípio, não haveria lugar para o art. 136, que exige, no tipo, que se exponha a *perigo* a vida ou a saúde de alguém. *Tanto que, sendo a surra desferida por terceiro, sem vínculo algum com a vítima, ninguém se lembra de encaixá-la no art. 132. É imediato o enquadramento, no mínimo, no art. 129, caput.*

A questão deveria resumir-se no seguinte: pode o progenitor, para fins de castigo ou disciplina, provocar no próprio filho lesões corporais de natureza leve? Em caso positivo, estaria no exercício regular de direito, que é excludente do crime (CP, art. 23, III, segunda parte). Em caso negativo, cometeria delito, e apenas um dispositivo legal poderia ser acionado: o art. 129, *caput*, e não o art. 136.

A jurisprudência majoritária permanece no meio-termo. Ainda que releve ou desconsidere a lesão insignificante, não reconhece aos pais, em tese, o direito de ferir ou lesionar, ao mesmo tempo em que parece olvidar a diferença dogmática (dolo de dano/dolo de perigo) entre os arts. 129 e 136, uma vez que acaba optando, sem dificuldades, pela figura do art. 136.

A bem da verdade, o próprio legislador oferece razoável base retórica para essa orientação dos tribunais, acatada, como vimos, por Fabbrini Mirabete. No art. 136, e também no art. 132, não se faz qualquer menção à *integridade corporal*. Já no art. 129 são arrolados, como bens jurídicos sob tutela, a *saúde* e a *integridade corporal*. É claro que existe, entre ambos, uma forte conexão ou interdependência, mas a equiparação não é total, saúde e integridade do corpo não se reputam como sinônimos. A ofensa à saúde implica perturbação funcional, identificada ou não com uma doença física ou psíquica, enquanto a ofensa à integridade corporal representa um comprometimento de ordem somática ou anatômica. Ensina Almeida Júnior: “Existe lesão ainda que ao dano anatômico não corresponda nenhum dano funcional, como pode suceder no caso de escoriações ou equimoses” (*Lições de medicinal legal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1956. p. 226).

Flamínio Fávero, que prefere a expressão *lesões pessoais*, divide-as em “lesões corporais, lesões à saúde e lesões à mente” (*Medicina legal*. 11. ed. Belo Horizonte-São Paulo, Itatiaia-Martins, 1980. vol. 1, p. 208). Lê-se na Exposição de Motivos do Código: “O crime de lesão corporal é definido como ofensa à integridade corporal ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à

normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental” (item 42).

As lesões corporais propriamente ditas, ou em sentido estrito, se limitariam ao dano anatômico (integridade corporal), enquanto as lesões à saúde corresponderiam ao dano de ordem fisiológica (saúde física) e psíquica (saúde mental). Mesmo assim – lembram os autores – é difícil apontar critérios rígidos de distinção entre ofensas à integridade do corpo e ofensas relativas à saúde.

Pondera Aníbal Bruno: “O mais racional seria tomar por ofensa à integridade corporal qualquer dano de relativa importância causado à normalidade anatômica de órgãos ou de tecidos, seja diretamente, seja como resultado de um processo mais complexo, e incluir no conceito de ofensa à saúde as alterações desfavoráveis do funcionamento normal do organismo” (p. 183, nota de rodapé). É este igualmente o entendimento de João Bosco Penna (*Lesões corporais: caracterização clínica e médico-legal*. São Paulo : Led, 1996. p. 124). Ele adverte em outro contexto que “saúde não tem definição e sua conceituação não é pacífica” (p. 292). E como, nos laudos periciais, não são feitas alusões à “ofensa à saúde”, que é sempre interpretada “como dano funcional”, julga mais conveniente o seguinte enunciado típico para o art. 129, *caput*: “Ofender a integridade física ou funcional de outrem” (p. 295).

Pode haver lesão corporal (manchas epidérmicas; corte forçado dos cabelos etc.) sem comprometimento à saúde em seu sentido estrito, assim como é possível o dano à saúde sem que seja afetada, de modo relevante, a integridade somática ou anatômica (gripes e resfriados comuns; perturbações mentais etc). Os golpes físicos, que deixam marcas sobre o corpo, traduzem basicamente um dano à *integridade corporal*, sem correspondência obrigatória com o dano à *saúde*. Novamente Almeida Júnior: “Existe lesão ainda que ao dano anatômico não corresponda nenhum dano funcional, como pode suceder no caso de escoriações ou equimoses” (op. cit., p. 226).

Em outras palavras – e agora retorno ao que mais interessa – é possível que ofensas à integridade *corporal*, à integridade somática ou anatômica, não cheguem a representar um dano efetivo, mas apenas um *perigo*, um dano *potencial* à saúde, à normalidade funcional do organismo.

Desta forma, o art. 136 seria capaz de absorver ou assimilar a simples ofensa à integridade corporal, decodificada como sinal ou sintoma de *perigo à vida ou saúde* de alguém. Ou seja, o pai pode agir ao mesmo tempo com dolo de dano no que concerne à integridade anatômica (art. 129) e dolo de perigo no que tange à saúde (art. 136). Em havendo, no gesto, o móvel de correção ou disciplina, resolve-se o impasse – concurso de normas – pelo reconhecimento da prevalência do art. 136.

2.6 Vontade exegética

Essa prevalência comporta um detalhe que me parece fundamental, dentro de uma visão crítico-metodológica: não se trata de conflito *aparente*, e sim, de um

conflito *real*, de uma falha efetiva do sistema. Neste caso, de modo particular, mais do que métodos hermenêuticos tradicionais, vale o método voluntarista da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Quer dizer, “o juiz ou tribunal”, na síntese de Márcia Haydée Porto de Carvalho, “deve conjugar a interpretação cognitiva com um ato de vontade, pois ele deve escolher uma entre as várias alternativas ofertadas pela atividade de cognição”. E mais, essa eleição ou preferência não se dá “dentro da esfera teórica, mas na esfera da política do direito” (*Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1997. p. 51).

Inevitáveis, então, as divergências, que se estendem para outros tópicos, de cunho predominantemente doutrinário: consumação, tentativa, habitualidade ou permanência da conduta etc. E não é possível salvar as aparências através da alegação de singularidade do caso concreto, o qual, por ser único, e ter suas características próprias, explicaria a disparidade das soluções aportadas pelos tribunais. As nuances da casuística não impedem as imperfeições objetivas do sistema e a inevitável concorrência das subjetividades hermenêuticas.

Juízes conservadores imitam as deficiências do tribunal do júri quando se curvam à rusticidade pedagógica do meio, não vendo crime algum em certas violências contra indefesas crianças. Impressionam-se com a miséria sócio-cultural das partes envolvidas. Outros, ao contrário – e parece que são maioria – impõem a pedagogia da lei, consentânea com a ideologia dos novos tempos. São poucos os que exageram, a ponto de enxergar delito de maus-tratos, por exemplo, no tapa desferido em rosto de aluna. Essa conduta que, em princípio, não expõe a perigo a vida ou a saúde da vítima, modernamente se enquadraria, talvez, no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), *in verbis*: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”. Comparadas as penas, diga-se de passagem, vê-se que seria preferível provocar na vítima lesões corporais. Conviria pois dar ao texto do art. 232 uma interpretação restritiva, em nome do bom senso e da equidade. Princípio da insignificância: um gesto isolado, de ímpeto, embora condenável no âmbito ético ou administrativo, poderia não revestir-se da maldosa intenção de provocar vexame ou constrangimento.

2.7 Formas qualificadas

A pena é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se do fato resulta lesão corporal de natureza grave (§ 1.º do art. 136); e de 4 (quatro) a 12 (doze) anos se resulta a morte (§ 2.º). Por força do § 3.º, acrescentado pela Lei 8.069, de 13.07.1990, aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. Este aumento de um terço abrange as formas simples e qualificadas.

Permanecem intactas as regras gerais do Capítulo III (periclitção da vida e da saúde). Ao menos em teoria, o dolo do agente é de *perigo* à vida e à saúde. E

se ocorre lesão corporal de natureza *leve*? Desta feita, a expressão legal é mais ampla, não fica limitada à lesão à saúde. Persiste a subsunção ao art. 136, *caput*. Doutrinariamente, portanto, exige-se que a lesão corporal seja *culposa*. Mantém-se a lógica. Conforme a lição de Edmundo José de Bastos Júnior, "se de crime doloso de perigo ocorre o resultado danoso, por este só pode responder o agente a título de culpa" (*Código Penal em exemplos práticos. Parte geral*, Florianópolis : Terceiro Milênio e OAB Ed., 1998. p. 60). Na hipótese em exame, se o dolo é de exposição a perigo, fica patente que o resultado lesivo tem caráter culposos, concorrendo para que se fale, no que se refere ao conjunto, em crime *preterdoloso* (dolo de perigo e culpa de lesão corporal).

A observação é correta, mas não corresponde, como vimos, à realidade jurisprudencial. Na prática o agente pode querer, ao mesmo tempo, o *dano* à integridade corporal e o conseqüente *perigo* à saúde da vítima. Mesmo neste caso prepondera o enquadramento no art. 136, *caput*. Deve-se imaginar, porém, que em muitos processos a dificuldade maior esteja na prova, nos dados de fato colhidos na instrução, o que viria beneficiar o acusado. Benefício esse restrito atualmente à possibilidade de pena de multa, em se tratando de sujeito passivo menor de 14 anos de idade (§ 3.º).

Nenhuma dúvida quanto às formas qualificadas. A lesão corporal de natureza grave (sentido amplo) e a morte associadas aos maus-tratos têm caráter culposos. Em nenhum desses resultados pode haver o menor resquício de dolo de dano, que nos conduziria obrigatoriamente ao capítulo das lesões corporais e dos crimes contra a vida. No plano do legislador existe bastante clareza quando se comparam os artigos, incisos e parágrafos concernentes à matéria. Não bastasse o teor da Exposição de Motivos (item 43, parte final), a exegese lógico-sistemática, sempre necessária, nos garante que se o agente quer ou assume o risco de matar, ou quer ou assume o risco de lesar, ferir, o assunto se resolve com os arts. 121 ou 129, em combinação com o art. 18, I. Fora desse contexto, aí sim, há lugar para aqueles resultados mais graves. Com uma condição, agora expressamente normatizada: resultados culposos, estritamente culposos (Nova Parte Geral, art. 19). A força maior e o caso fortuito afastam as qualificadoras.

Formam-se, destarte, figuras híbridas: em sentido amplo, lesão corporal grave (ou gravíssima) preterdolosa, nos termos do art. 136, § 1.º; ou homicídio preterdoloso (art. 136, § 2.º), tal como acontece com as formas qualificadas dos arts. 133, 134 e 135.

3. Paralelo e confronto com o delito de tortura

No final do item 2.4 lembrei que na apuração de certas violências interessa na prática o dolo de dano (lesões corporais), assim como interessa o abuso de autoridade a que se refere a Lei 4.898/65, restando na penumbra o art. 136.

Com a vigência da Lei 9.455, de 07.04.1997, esse eclipse teria tudo para consolidar-se, mesmo em relação a outros agentes, no âmbito privado ou fami-

liar. Dentre outras condutas, que correspondem ao delito de tortura, está sujeito a reclusão, de dois a oito anos, aquele que “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (art. 1.º, II). “Na mesma pena – reza o § 1.º – incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”. E nos termos do § 2.º: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. Foi revogado o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), *in verbis*: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.” Essa controvertida figura delituosa já se distinguia do crime de maus-tratos pelo sofrimento como *fim* da conduta e não como *instrumento* corretivo-disciplinar (Damásio de Jesus. *Código Penal anotado*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 416; Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 257-258).

Dolo e resultado de dano; tortura como fio da meada e conseqüente punição mais grave: eis o que se percebe nas novas figuras delituosas, detalhe que as distancia (ou deveria distanciar) da série de condutas descritas no art. 136. Não é à toa que Silva Franco, ao confrontá-las com outros tipos, se atém aos delitos de ameaça, constrangimento ilegal e lesão corporal leve, concluindo que todos eles, por uma relação consuntiva – concurso aparente de normas – são absorvidos pelo crime de tortura (“Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97”, *RBCCrim* 19/65, cit.).

De minha parte, contudo, se acrescento para cotejo o art. 136 é porque me lembro da realidade jurisprudencial (opção majoritária, há pouco analisada) e mui particularmente do texto legal alusivo ao “intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (Lei 9.455/97, art. 1.º, II). Se o dano à integridade corporal é assimilado, como vimos, ao perigo à saúde, e se existe uma certa analogia semântica entre tortura (torturar) e maus-tratos (maltratar), diminui o distanciamento entre as duas figuras delituosas, a que me referi no parágrafo anterior.

Esclarece Luiz Flávio Gomes: “Aqui está a chamada tortura-pena (o castigo é a finalidade do agente). Difere da tortura-prova (quando o meio para a obtenção de uma prova). Este crime absorve os delitos de maus-tratos e lesão leve” (“Tortura (notas interpretativas: entrevista)”, *Revista Jurídica Consulex* 8/15, Brasília : Consulex, ago. 1997).

Trata-se, porém, de um tipo mais ou menos aberto, seja quanto aos agentes, seja principalmente quanto à “intensidade” do sofrimento físico ou mental. Daí a indagação de Sérgio Salomão Shecaira: “A conduta do pai que, ao exceder-se em seu *ius corrigendi*, bate em seu filho, sobre quem tem a guarda, mesmo sem lhe causar lesão, como forma de castigo pessoal, praticaria a figura descrita no art. 1.º, II?” (“Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura”, *Boletim do IBCCrim* 54/

2, São Paulo, maio 1997). Semelhante preocupação revela Miguel Reale Júnior, que não se conforma com a amplitude do texto acerca do sujeito ativo. O tipo não menciona o “agente público que tem pessoa sob sua guarda, como o faz o Código Penal português, no art. 143”. Os pais e até a empregada doméstica, em relação à criança sob sua guarda, estariam incluídos no rol dos sujeitos ativos. E o próprio “*jus corrigendi*, de exercício regular de um direito, pode passar a ser, pela lei, crime de tortura, pois nada mais inseguro do que a remissão ao termo fluído ‘intenso sofrimento mental’, possível de ocorrer na proibição da menor de 12 anos de se encontrar com o namorado” (“Tipificação da tortura”, *Revista Jurídica Consulex* 8/14, Brasília : Consulex, ago. 1997).

Está claro atualmente, do ponto de vista normativo, que os genitores – dentre outros – podem castigar “maltratando” (CP, art. 136) ou castigar “torturando” (Lei e artigo citados). Persiste no sistema uma terceira alternativa, a do crime do art. 129, mas distante do contexto corretivo-disciplinar, ao menos como regra geral. Afora esse detalhe, o operador jurídico vai ter que optar entre o art. 136 do CP e o art. 1.º, II, da Lei 9.455/97. Como proceder? Desata-se o nó górdio pela *quantidade* de sofrimento físico ou mental, que há de ser “intenso”, e natureza do dolo, que é visivelmente de dano. É este, o intenso sofrimento, no crime de tortura, o resultado material da conduta (CP, art. 13) e também objeto da vontade do agente (CP, art. 18, I), vontade essa que não se confunde com a respectiva motivação.

A motivação de ambos os delitos é que parece a mesma. Os “meios de correção” do art. 136 correspondem à “forma de aplicar castigo pessoal”, enquanto os “meios de disciplina” não passam de “medida de caráter preventivo”. E também inexistente diferença fundamental entre as estruturas normativas alusivas ao comportamento típico. Toda e qualquer vítima de “abuso de meios de correção ou disciplina”, por seu vínculo de sujeição ou subordinação, é alguém que foi submetido a violência ou grave ameaça, com perigo à vida ou saúde. Nota-se uma relação de gênero a espécie. Não é sem razão que o delito de maus-tratos absorve, em tese, os crimes de ameaça (art. 147) e constrangimento ilegal (art. 146).

Restam, portanto, como diferencial técnico, o “intenso” sofrimento físico ou mental e, é claro, o dolo de dano. Assim, por uma questão de lógica, não há tipicidade (crime consumado de tortura) no sofrimento que não chegue a ser “intenso”, isto é, acentuado, forte, profundo. Matéria delicada, pois envolve duas subjetividades: da vítima e do juiz. Daí a reação crítica da doutrina, diante da necessidade de se garantir aos acusados a certeza de condutas delituosas descritas com suficiente clareza objetiva.

No art. 136 não se fala em sofrimento físico ou mental, que é o resultado de *dano* visado pelo agente do crime de *tortura*. O núcleo genérico da conduta (e resultado) é a simples exposição a *perigo* da vida ou da saúde. Mesmo assim, não é absurdo imaginar-se, nas entrelinhas, um certo grau de sofrimento vivenciado pela vítima, por força do excesso de correção ou disciplina. Não sendo “intenso”, pode evidenciar a gravidade mínima de *perigo* à saúde, nos termos da lei.

Por fim, diga-se de passagem, para os efeitos de outra espécie de tortura (§ 1.º do art. 1.º) basta o sofrimento físico ou mental (intenso ou menos intenso) que

se imponha (“submeter”) contra “pessoa presa ou sujeita a medida de segurança”, desde que “por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”. Neste caso, o que importa é a ilegalidade objetiva da conduta, exercitada coercitivamente, e o dolo respectivo de dano.

Já os maus-tratos, como vimos até agora, têm um sentido mais restrito e se distinguem da tortura pela natureza do dolo, que é sempre de perigo (em tese).

De um lado, pois, o crime de tortura. De outro, em escala de menor gravidade, o delito de maus-tratos. Bem próxima, persiste a tipicidade de lesões corporais. Como quer que seja, ficou mais difícil apreender, lecionar ou praticar o direito penal, em face da fome legiferante dos novos tempos. É que a prática depende do aprendizado (ensino). E o ensino (aprendizado) não pode ignorar a prática, que envolve os ingredientes de sempre, incertos e fugidios, ligados às circunstâncias históricas e à personalidade do intérprete com poder decisório.

Bibliografia

- ALMEIDA JÚNIOR, A. Ferreira. *Lições de medicina legal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1956.
- BASTOS JÚNIOR, Edmundo José. *Código Penal em exemplos práticos*. Florianópolis : Terceiro Milênio e OAB Ed., 1998.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1966. vol. 4.
- CALDEIRA BASTOS, João José. *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 11. ed. Belo Horizonte-São Paulo, Itatiaia-Martins, 1980. vol. 1.
- FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal. Parte especial*. São Paulo : Saraiva, 1961. vol. 4.
- GOMES, Luiz Flávio. “Tortura (notas interpretativas: entrevista)”. *Revista Jurídica Consulex* 8, Brasília : Consulex, ago. 1997.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. vol. 5.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.
- LYRA, Roberto. *Noções de direito criminal. Parte especial*. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1944. vol. 1.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito penal. Parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- MIRABETE, José Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte especial*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1995. vol. 2.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo : Saraiva, 1997.

- PENNA, João Bosco. *Lesões corporais: caracterização clínica e médico-legal*. São Paulo : Leud, 1996.
- PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée. *Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel. "Tipificação da tortura", *Revista Jurídica Consulex* 8, Brasília : Consulex, ago. 1997.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura", *Boletim do IBCCrim* 54, São Paulo, maio 1997.
- SILVA FRANCO, Alberto. "Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97, *RBCCrim* 19. São Paulo : RT, jul.-set. 1997.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.2

O SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUIZ ROBERTO CICOGNA FAGGIONI

SUMÁRIO: 1. A colocação do problema – 2. Metodologia – 3. A hipótese – 4. Métodos ou etapas de controle da hipótese: 4.1 Método lingüístico; 4.2 Método sistemático; 4.3 Método pragmático; 4.4 Decisão interpretativa – 5. Críticas possíveis à hipótese de interpretação e respostas viáveis a elas – Bibliografia.

Resumo: O presente texto visa propor interpretação ao art. 327 do Código Penal através de metodologia proposta por Francesco Iacoviello, embasada no pensamento de Popper. A hipótese proposta é que podem ser sujeitos passivos dos delitos contra a administração pública tanto a administração direta quanto as fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias bem como os funcionários daquela e dessas.

Palavras-chave: Crimes contra a administração pública – Art. 327 do CP – Interpretação – Metodologia – Cargo público – Paraestatal – Empresa pública – Sociedade de economia mista.

1. A colocação do problema

Qualquer operador do sistema é bem ciente do problema de interpretação colocado pelo art. 327 do CP.

Esse artigo por um lado demarca o que se deve considerar funcionário mas, doutro lado, simetricamente, delimita o que é a administração pública para os fins da lei penal.

O objetivo desse estudo é compreender qual a extensão do conceito de administração pública para o Direito Penal.

Portanto, para atingir o intento enunciado basicamente cabe realizar a interpretação do artigo mencionado.

Nenhum problema coloca a cabeça do artigo.

Onde existe cargo, emprego e função pública tem-se administração pública.

Certo que a análise não pode parar por aqui, sob pena de incorrer em vício de linguagem consistente em dizer, por formas diversas, sempre a mesma coisa

(tautologia). Daí incumbe, a seu tempo, definir o que sejam os três elementos mencionados (cargo, emprego e função pública).

A questão complica-se na análise dos parágrafos primeiro e segundo do artigo mencionado. De fato, qual a idéia a ser realizada do termo “entidade paraestatal”? Por outro lado, o parágrafo segundo aplica-se somente ao sujeito ativo ou também dá a entender a inclusão das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações instituídas pelo poder público dentro do conceito de administração pública para figurarem, por si, ou por seus funcionários, como sujeito passivo dos crimes contra a administração?

São essas as questões que se pretende abordar.

2. Metodologia

Na realização da interpretação da lei são usualmente empregados os meios: literal (gramatical, lingüístico, verbal); sistemático; histórico e teleológico (ou pragmático).¹

A deficiência de tais métodos é conhecida. O método literal padece dês que as palavras, todas elas, em maior ou menor grau, guardam vagueza; o sistemático sofre na medida em que o sistema por vezes encerra normas e princípios antinômicos; o histórico tende a “fossilizar” a norma, impedindo sua atualização, negando a interpretação atualizadora, e, por fim, a interpretação teleológica arrisca-se a desbordar os limites de interpretação para ingressar em verdadeira criação legislativa.

Inegável que existem tantos outros métodos e regras mas não menos certo que a eles e elas são realizáveis outras tantas críticas.

Ainda deixando perceber a dificuldade do tema por vezes o resultado da aplicação de um método termina por conflitar com a consequência da aplicação doutro. E o mesmo diga-se em relação as regras (como harmonizar o resultado da interpretação analógica com aquela *a contrario sensu*).

Acresça-se a tal panorama a motivação e a pessoa do intérprete, que nunca podem ser descurados. Toda interpretação é realizada por alguém com um fim. E a isso por mais que se queira negar, por muito que intente mitificar a idéia de imparcialidade, de cientificidade neutra, não se logra desperceber.

Com pena d'ouro escreveu Iacoviello:

“No início há sempre um problema a resolver. O intérprete parte de um problema e interroga o texto para procurar uma solução. No interrogar o texto o intérprete não consegue afastar-se de si mesmo. Ao invés, é todo seu mundo envolvido nesse diálogo hermenêutico. O intérprete, então, lê o texto pela tela de

⁽¹⁾ Veja-se: Francesco Ferrara. *Interpretação e aplicação das leis*, Armenio Amado, 1987; Giovanni Tarello. *L'interpretazione delle legge*, Giuffrè, 1980 e Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Forense, 1988.

seus 'pré-conceitos', isto é, mediante aquele sistema de conhecimentos e de valores que constituem a sua identidade de homem imerso na história.²

Melhor que se conheça a motivação do que deixá-la inconsciente pois, como já provado pela psicanálise, a motivação consciente é aquela permissiva de ser trabalhada, discutida e, por isso, compreendida.

Para possibilitar a melhor interpretação de um texto o melhor é realizar um procedimento interpretativo controlado.³

Tal procedimento tem início com a formulação de uma hipótese decorrente da leitura do texto da lei (hipótese que explicita a motivação do intérprete e o seu conjunto de valores) e, subsequentemente, é submetida a controle que determinará sua validade ou não.

O controle é realizado através de quatro etapas, a saber:

- i) – lingüística, a hipótese não pode ofender a baliza da semiótica;
- ii) – sistemática; a hipótese não pode ser incompatível com o sistema;
- iii) – pragmática; nesse passo a hipótese é observada pelo impacto que provoca no sistema jurídico, na interação com as outras normas e no processo social;

iv) – decisão interpretativa; havendo conflito entre as etapas anteriores caberá ao exegeta indicar a opção que realiza entre um e outro, motivando o entendimento e observando as seguintes regras:

a) – Não pode haver conflito entre a interpretação lingüística e as interpretações sistemática e pragmática. A primeira é margem a ser obedecida, sob pena de se adentrar na esfera de legislação;⁴

b) – No conflito entre o método sistemático e o pragmático a solução deve favorecer o último já que a norma é criada com o escopo de resolver um problema social e não possibilitar unicamente a harmonia do sistema legal.

(2) Francesco Iacoviello. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, 1997. p. 237.

(3) A idéia vem exposta detalhadamente no capítulo V, "La motivazione in diritto della sentenza del giudice", da obra citada de Iacoviello, *La motivazione...*, p. 233-259.

(4) Mesmo dentro do sistema da *common law* é negado ao intérprete ultrapassar as margens fixadas pela lei. Límpida é a lição de Cardoso ao tratar das relações entre o Juiz e o Legislador: "Each indeed is legislating within the limits on his competence. No doubt the limits for judge are narrower. He legislates only between gaps. He fills the open space in the law. How far he may go without travelling beyond the walls of the interstices cannot be staked out for him upon a chart. He must learn it for himself as he gains the sense of firmness and proportion that comes with years of habitude in the practice of an art. Even within the gaps, restrictions not easy to define, but felt, however impalpable they may be, every judge and lawyer, hedge and circumscribe his action" (Benjamin N. Cardozo. *The nature of the judicial process*, Yale University Press, s.d., p. 113-114).

3. A hipótese

Da leitura do texto exsurge que a administração pública engloba tanto a administração direta quanto a indireta. Daí são parcelas da administração pública as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público.

A hipótese decorre da idéia de que a administração pública somente cria tais organismos tendo em vista uma finalidade pública. O conceito de administração pública imbrica-se com a de interesse público.

É o interesse público o fundamento da criação daqueles organismos e da própria administração pública. O fundamento é o mesmo, e, por isso, o corpo não pode ser outro. Cabe observar ainda que o dinheiro posto naqueles organismos é unicamente ou também público. E a injeção de verbas estatais bem demonstra o interesse público naquelas estruturas.

Logo a proteção penal deve ser a mesma.

Daí podem ser sujeitos passivos dos delitos contra a administração pública tanto a administração direta quanto as fundações instituídas pelo poder público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias bem como os funcionários daquela e dessas.

4. Métodos ou etapas de controle da hipótese

Seguindo a metodologia proposta submeterei a hipótese às etapas de controle lingüístico; sistemático e pragmático. Com o resultado de tais análises será joeirada a necessidade de realização de decisão interpretativa.

4.1 Método lingüístico

Pelo método lingüístico o intérprete deverá ter por objeto a construção textual da lei. Visa tal método determinar em qual acepção (gramatical, usual, técnica, geral ou particular etc.) dada as palavras empregadas pela lei.

Pois bem. Os termos empregados no art. 327 do CP são indiscutivelmente normativos já que todo o assunto tratado atina com a realidade jurídica, somente existente no plano legal.

A determinação do conteúdo dos termos é, portanto, exclusivamente técnica-jurídica e deve ser procurada no ramo jurídico especializado em sua abordagem. Isto é, no Direito Administrativo.

Assim, cargo público é aquele criado por lei, ou por resolução da Câmara ou do Senado, com denominação própria e vencimentos pagos pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (Lei 8.112/90, art. 3.º); função pública é aquela que decorre do poder público e configura um encargo, imposição, de interesse coletivo ou público, seja ele remunerado ou não (mesário,

jurado etc.); empregos públicos a seu turno são aqueles relativos a agentes contratados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, para desempenhar suas funções na administração pública.

Paraestatais são as autarquias, pessoas jurídicas de Direito Público, de capacidade exclusivamente administrativa. As autarquias, segundo ensina Bandeira de Mello,⁵ podem ser titulares de interesses públicos (e observe-se que tal elemento é importante para demonstrar que elas e seus funcionários podem ser sujeito passivo dos crimes contra a administração pública). Mas não só. Com propriedade lembrou Roberto Wagner Battochio Casolato⁶ que o art. 84, da Lei 8.666/93, em seu § 1.º, definiu o que se deve considerar paraestatais, no conceito englobando as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades sob controle direto, ou indireto do poder público.

Sociedade de economia mista “há de ser entendida como a pessoa jurídica criada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”.⁷ Vale observar que em tal conceituação vem explícito a característica de que tal espécie de pessoa jurídica tem por objetivo consecução de fins estatais, caracterizador da Administração Pública.

Empresa pública é a pessoa jurídica criada por lei, com capital exclusivamente estatal, para a realização de fins públicos, e personalidade de Direito Privado.

Por fim, segundo o Dec.-lei 200, fundação pública é a “entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Quais são os pontos comuns a unir todas essas formas de estruturação jurídica? Dois são eles: Em todas elas há verbas públicas inseridas em sua formação e interesses públicos que nortearam sua criação.

Patente, portanto, que o método linguístico não contrasta com a hipótese de que são parcelas da administração pública as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as paraestatais (autarquias) bem como as fundações instituídas pelo poder público.

(5) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, Malheiros, 1998. p. 102.

(6) Roberto Wagner Battochio Casolato. “A doutrina, a jurisprudência e o art. 327 do Código Penal”. *RBCCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.

(7) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, p. 114.

4.2 Método sistemático

Pelo método sistemático o intérprete deverá verificar se a hipótese de interpretação é admitida pelo sistema, sem com ele contrastar, sem ser um corpo estranho a ser rejeitado pelo sistema. Decorre o método sistemático do princípio da unidade do ordenamento jurídico que tem como uma de suas faces “o postulado da exclusão das contradições no seio da ordem jurídica”.⁸ Por dita simples: a hipótese interpretativa não pode ser incompatível com o sistema.

Os diplomas que estruturam a organização administrativa são o Dec.-lei 200 e a MedProv 1.549-38/97. O primeiro estrutura a administração dita indireta e o segundo aquela direta.

Como visto o Dec.-lei 200 normatiza as autarquias, fundações instituídas pelo poder público, empresas públicas e sociedade de economia mista. Lembra o já citado Bandeira de Mello⁹ que todas essas espécies “formam o aparelho administrativo da União”.

De outro lado, um dos bens jurídicos tutelados crimes contra a administração pública é o patrimônio público que certamente é mais fácil de ser atingido por *intrañeus*, qualquer seja o cargo por ele ocupado, interessando, *a priori* ter os funcionários daquelas espécies de pessoas jurídicas como públicos para possibilitar maior proteção ao patrimônio estatal (que merece maior resguardo ante a sua reconhecida maior vulnerabilidade decorrente da dificuldade de seu controle e vigilância).

Claro, assim, que antes de se opor, o critério sistemático aconselha a hipótese exegética.

4.3 Método pragmático

O método pragmático, denominado por Ferrara¹⁰ como “Elemento Racional”, quer significar que toda norma é sempre criada com um escopo social. A lei não surge imotivadamente, como mero ato de vontade do legislador de transformar o ordenamento jurídico. Em verdade ela nasce para resolver um problema social percebido pelos detentores do poder. Daí a interpretação que a ela seja dada deve sempre objetivar a solução do entrave que deu causa a sua criação. Nas palavras de Ferrara: “É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que quer obter. Pois que a lei se comporta para com a *ratio iuris*, como o meio para com o fim: quem quer o fim quer também os meios”.

(8) Karl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 310.

(9) Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, p. 99.

(10) Francesco Ferrara. *Interpretação...*, p. 141.

O norte da hipótese exegética efetuada é justamente dar sentido social ao art. 327 do CP e evitar a criação de uma lacuna legal artificial de proteção.

Dar sentido social vez que a hipótese exegética proposta tutela mais e melhor o patrimônio e a moralidade pública.

A proposta exegética alternativa, no sentido de que somente administração direta e as autarquias seria administração pública (e isso decorreria do entendimento esposado por parte substancial da doutrina nacional que afirma somente os ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão de sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, seriam funcionários públicos. E, portanto, os demais funcionários daquelas pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, não o seriam) deixaria a proteção legal ao patrimônio público e a moralidade administrativa profundamente anêmica, à mercê de integrantes inescrupulosos que fossem parte do segundo, e mais estável, escalão já que esses não seriam funcionários públicos para os efeitos da lei penal, não praticando os crimes próprios de funcionários públicos.

Indubitável, dessarte, que também o método pragmático indica a proposta exegética realizada como viável.

4.4 *Decisão interpretativa*

Como já visto (item 2, iv) a decisão interpretativa, e os critérios para a sua realização, somente têm cabimento quando haja conflito entre os demais métodos integrantes do sistema de controle. Tal conflito não se colocou. Certo dizer que a hipótese de interpretação é admissível.

5. Críticas possíveis a hipótese de interpretação e respostas viáveis a elas

Críticas possíveis:

a) Segundo Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro: “Os funcionários de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações instituídas pelo poder público só poderão ser considerados funcionários públicos quando desenvolverem atividade disciplinadas por normas de direito público, mas não quando sua atividade for disciplinada pelo direito privado”.¹¹

b) Referindo-se ao § 2.º do art. 327 do CP, Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro asseveram que: “A interpretação haverá de ser restritiva. A equiparação e a causa de aumento deverão ser restringidas às pessoas mencionadas pela lei. Os demais funcionários da sociedade de economia mista, empresa

⁽¹¹⁾ Paulo José Costa Jr. e Antonio Pagliaro. *Dos crimes contra a administração pública*, Malheiros, 1997. p. 27-28.

pública ou fundação instituída pelo poder público não podem ser considerados funcionários perante a lei penal".¹²

c) No artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,¹³ Roberto Wagner Battochio Casolato afirma que a equiparação realizada no § 1.º do art. 327 somente é cabível quando se tratar de funcionário público sujeito ativo dos delitos contra a Administração Pública. Terminando por afirmar que haverá dificuldade na demonstração do dolo que deverá abranger a ciência por parte do agente de que os funcionários de entidades paraestatais são também funcionários públicos.

Respostas viáveis:

a) Nada é mais difuso do que os critérios de distinção entre normas de Direito Público e aquelas de Direito Privado. Há muito o Direito Público tem avançado sobre a seara do Direito Privado a tal ponto e tanto que não há mais critério distintivo entre um e outro. Pretender trazer aquele critério, empregado pela lei italiana (art. 357 do CP italiano) é importar insegurança jurídica. Fiandaca¹⁴ não se cansa de criticar a redação do aludido art. 357 do CP italiano justamente em face da inexistência de "critério distintivo realmente convincente". O critério nacional é melhor porque mais seguro.

b) A proposta de que somente as pessoas indicadas no § 2.º do art. 327 do CP brasileiro seriam funcionários públicos, excluindo de tal conceituação os demais funcionários das sociedades de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público, cria conflito sistemático. Como visto, o conceito de entidade paraestatal, por expressa determinação legal, engloba aqueles de fundação pública, empresa pública e sociedade de economia mista. Bem escreveu o citado Casolato sobre o tema: "o § 2.º, longe de promover qualquer equiparação, justamente reforça a idéia de que é no § 1.º que se acha a ampla equiparação de todos os funcionários das entidades paraestatais aos funcionários públicos para os efeitos do art. 327. É que o mencionado § 2.º, vindo para aumentar a pena de alguns, dá a entrever que, silenciando quanto aos demais, a (existente, portanto) sanção destes remanescerá sem o cogitado aumento".¹⁵

c) O art. 327 do CP é expresso ao conceituar funcionário público e não realizou nenhuma distinção para informar que a equiparação só teria lugar em caso de ser ele sujeito ativo, não cabendo a equiparação dos parágrafos na hipótese de ser ele sujeito passivo. Ora, *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções). É correta a observação de Casolato acerca da dificuldade em provar que o sujeito ativo conhecia a

(12) Paulo José Costa Jr. e Antonio Pagliaro. *Dos crimes...*, p. 29.

(13) Roberto Wagner Battochio Casolato. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal". *RBCCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.

(14) Giovanni Fiandaca e Enzo Musco. *Diritto penale*, Zanichelli, 1997. vol. I, p. 171-172.

(15) Roberto Wagner Battochio Casolato. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do Código Penal". *RBCCrim* 22/101, São Paulo : RT, 1998.

condição de funcionário público da vítima que, por exemplo, trabalhava em uma sociedade de economia mista. O desacerto da tese situa-se na circunstância de que a ocorrência do erro penal é um problema de fato (atinente a culpabilidade de pessoa determinada) e sua eventual ocorrência não invalida a interpretação da norma penal.

Por tais motivos a hipótese exegética efetuada supera os critérios de controle e, portanto, é ela válida.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven and London, Yale University Press, 1991.
- CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. "A doutrina, a jurisprudência e o art. 327 do Código Penal". *RBCCrim* 22/89-104, São Paulo : RT, 1998.
- COSTA JR., Paulo José e PAGLIARO, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade, Coimbra : Arménio Amado Editor, Sucessor, 1987.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. 2. ed. Bologna : Zanichelli, 1997. vol. I.
- IACOVIELLO, Francesco. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano : Giuffrè, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo : Forense, 1988.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione delle legge*. Milano : Giuffrè, 1980.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS EN LA EJECUCIÓN PENAL

(Hacia un Sistema Penitenciario Europeo)

ANTONIO BERISTAIN

Dedicatoria:

*A todas las personas privadas de libertad.
A los funcionarios penitenciarios,
víctimas del terrorismo de ETA,
con profunda empatía trágica.
También a los victimarios,
con fraternal esperanza de metanoia.*

SUMARIO: 1. Atendamos a Abel más que a Caín – 2. Finitud y culpabilidad: tenemos las manos manchadas – 3. La reparación a las víctimas atenúa la sanción: abrevia la privación de libertad – 4. La satisfacción de las responsabilidades civiles a las víctimas como llave para la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad – 5. ¿Deben las víctimas mediar en la *Sentencing*? – 6. ¿Evitar el desarraigo social de los condenados por terrorismo? – 7. ¿Intervienen las víctimas en las alternativas a la prisión? – 8. ¿Pueden las víctimas “entrar” en la prisión? – 9. ¿Juez de Vigilancia *versus* Director de Recursos Humanos de las Víctimas? – 10. Estadística de víctimas de los diversos delitos en España – 11. A modo de miniconclusiones, desde Francia.

Resumen: Se atiende a Abel más que a Caín, se pide perdón a las personas privadas de libertad y a las víctimas por las desatenciones de la justicia del año 2000, se comenta el parco papel que las víctimas juegan y el mucho mayor que deberían jugar en la ejecución de las sanciones privativas de libertad, en cuanto que:

- las atenúan y/o las suspenden, si hay reparación del daño, y/o si hay mediación, conciliación, reconciliación,
- las sustituyen por sanciones alternativas: arresto en fines de semana, trabajo en favor de las víctimas y de la comunidad,
- y las humanizan, pues se “introducen” en la prisión para reconciliarse con los victimarios.

Se pide un “Director de Recursos Humanos de las Víctimas” como complemento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Palabras clave: Atenuantes victimológicas – Consejo de Europa – Fábricas de capital humano – Naciones Unidas – Prisión *recreadora* – Protagonismo de las víctimas *indirectas* – Recursos Humanos – Reparación – *Sentencing* – terrorismo.

1. Atendamos a Abel más que a Caín

Europa logrará la utopía que todos deseamos cuando y en tanto en cuanto sus instituciones penitenciarias sean verdaderamente humanas y fraternales. Las respuestas que demos a quienes infringen las normas penales importan más que el Euro como moneda única. Nuestras prisiones europeas –salvo excepciones aisladas– están pidiendo a gritos una reforma radical, como lo muestran, por ejemplo, los 20 números del *Penological Information Bulletin*, del Consejo de Europa, y recientemente el *Bulletin d'Information Pénologique*, n. 21, dirigido por Wolfgang Rau. Quienes pensamos y trabajamos en este campo debemos reunirnos para estudiar a fondo las coordenadas de un mejor Sistema de Prevención y Readaptación Social y, sobre todo, de algo mejor que nuestro actual Sistema Penitenciario (Gustav Radbruch). Sin duda las prisiones europeas son menos pobres que las del tercer mundo, pero probablemente son también menos humanas.¹

En el ámbito penitenciario de la Unión Europea hemos estudiado poco el papel de las víctimas. Hasta hoy nos hemos preocupado unilateralmente de los seguidores de Caín, pero nada o casi nada de los herederos de Abel. A éstos hemos de prestarles más atención científica. Aunque parezca imposible, algunas leyes penitenciarias en Europa, como la española Ley Orgánica General Penitenciaria del 26.09.1979 y su Reglamento de 09.02.1996, lamentablemente dedican poquísimas palabras en atención a las víctimas de la criminalidad. Olvidan que ya desde finales del siglo XIX los Congresos penitenciarios en diversas capitales europeas (Londres, 1872, Estocolmo, 1878, Roma, 1885, San Petersburgo, 1890, Amberes etc.), se preocupaban del problema de la necesaria reparación a las víctimas del delito.²

Ahora deseo formular algunas reflexiones acerca de las víctimas como columnas básicas –alfa y omega– del Derecho penitenciario europeo. Considero preferible referirme a las víctimas en plural, no en singular. Así nos hacemos cargo también de las víctimas *indirectas*, a las que tantos penitenciaristas, capellanías de las diversas religiones,³ Jueces, Tribunales y medios de

(1) Cfr. José Luis Pérez Guadalupe. *La construcción social de la realidad carcelaria. Los alcances de la organización "informal" en cinco cárceles latinoamericanas: Perú, Chile, Argentina, Brasil y Bolivia*, Lima : Editorial Obispado, 2000, p. 436; Julio Andrés Sampredo, "Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano", *Eguzkilore*, n. 12, extr., San Sebastián, 1998. p. 107 y ss.

(2) Cfr. Myriam Herrera Moreno. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid : Edersa, 1996. p. 79 y ss.

(3) Cfr. S. J. Philippe Landenne. *Résister en prison. Patiences, Passions, Passages...*, Bruselas : Lumen Vitae, 1999. p. 212-232.

comunicación olvidan, como si no existieran. Trataré casi exclusivamente de España, pero dentro del marco europeo.

2. Finitud y culpabilidad: tenemos las manos manchadas

En los *II Encuentros Penitenciarios de Euskadi* –diciembre del año 1992– se reunieron, un fin de semana, en el Balneario de Cestona (Guipúzcoa), treinta funcionarios de Instituciones Penitenciarias del País Vasco –del establecimiento de Basauri, de Martutene y de Nanclares de la Oca– para, mirando al futuro, programar unas acciones conjuntas, para “ganar el respeto del preso, no su temor”. A la última sesión, la mañana del domingo día 13, nos invitaron al Presidente de la Audiencia de San Sebastián y a un par de personas más para dialogar públicamente con nosotros acerca de lo que habían discutido y concluido. Cuando me llegó el momento de intervenir, alabé sinceramente el contenido y el estilo de las ocho o diez conclusiones que habían formulado, pero les propuse que añadiesen una, cuyo texto sería poco más o menos así: “Nosotros, conscientes de nuestra finitud y culpabilidad, en el sentido que indica Paul Ricoeur, reconocemos, ante las personas privadas de libertad por sentencia judicial, que tenemos las manos manchadas (Sartre). Les pedimos que perdonen tantas limitaciones y deficiencias estructurales y personales”.

Tras unos minutos de discusión, fue aceptada mi propuesta. La recuerdo y la reitero ahora porque la estructura de las instituciones privativas de libertad es necesariamente “culpable” y nos mancha las manos a todos los que trabajamos en la teoría y en la praxis de tales sanciones, de tales “amargas necesidades”. Las prisiones del siglo XXI deben ser realmente fábricas de capital humano, repersonalizadoras. Por esto, tenía razón el condenado en el corredor de la muerte, de que habla la Sister Helen Prejean en su libro *Pena de muerte*,⁴ cuando le dijo a un capellán –no a todos los capellanes– de la institución: “Mira, tío, tú recibes un sueldo de esta gente, trabajas para esta gente y estás de acuerdo con la pena de muerte. No necesito tu ayuda para nada... Es difícil oponerse a la política de una organización cuando estás en su nómina”.⁵

Sí, digámoslo con sinceridad, quienes trabajamos o colaboramos en instituciones penitenciarias, aunque no estemos en su nómina, tenemos la conciencia intranquila, pues la estructura prisional, en sí misma, con o sin nuestro asentimiento, no protege suficientemente al privado de libertad. No es protectora de los criminales, como propugnaba el insigne maestro Dorado Montero. Al

(4) Sister Helen Prejean. *Pena de muerte*. Trad. Maite Subirats, Barcelona : Ediciones B, S.A., 1996. p. 169, 295.

(5) Para superar parcialmente, sólo parcialmente, esta dificultad, en España y en otros países las capellanías penitenciarias no figuran en la nómina del ministerio, sino en la de la institución eclesial.

contrario, con sobrados argumentos puede hablarse hoy de victimación carcelaria.⁶

En este momento me permito una indicación acerca de algunas personas que critican las instituciones penitenciarias, pero que, según algunos especialistas radicales, formulan unas críticas superficiales e ineficaces. Quizás estén en lo cierto nuestros adversarios [no enemigos], pero se les puede criticar a ellos de una lamentable parcialidad y/u omisión: nunca o casi nunca se preocupan de las víctimas, o lo hacen sólo en cuanto testigos del delito. En mi opinión, las víctimas merecen no menos atención que los delincuentes. Sobre todo si lo son del terrorismo, porque conllevan multitud de víctimas indirectas. Nuestros adversarios, en sus reflexiones, olvidan la armonía y el equilibrio que, como repetía E. Ruiz Vadillo,⁷ deben acompañar siempre los trabajos de los juristas. En casos extremos cabe preguntarse si algunos de ellos caen en cierto maniqueísmo.

Después de esta introducción –que considero necesaria para eliminar prejuicios, preconceptos y presentimientos– estamos mejor capacitados para reflexionar sobre el protagonismo de las víctimas en la ejecución penal.

Pasemos, pues, a estudiar el parco papel que juegan y el mucho mayor que deberían jugar las víctimas en la ejecución de las sanciones, especialmente en las privativas de libertad, en cuanto que:

- las abrevian o las sustituyen: si reciben reparación de sus daños, si logran una mediación satisfactoria, si entran en juego otras sanciones alternativas: arresto en los fines de semana, trabajo en favor de la comunidad...

- y las humanizan: si se “introducen” en la prisión para relacionarse y reconciliarse con los victimarios.

3. La reparación a las víctimas atenúa la sanción: abrevia la privación de libertad

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia penal en los últimos treinta años, haciéndose eco de las múltiples críticas contra las instituciones penitenciarias en todos los países, va concediendo cada vez más importancia a la atención reparadora hacia las víctimas (las grandes ausentes del Derecho Penal y del sistema penitenciario universal), como patentizan los innumerables trabajos de la Sociedad Mundial de Victimología, con sus varios centenares de socios en todos los continentes, aunque en España no llegamos a la media docena.

⁽⁶⁾ Cfr. Gerardo Landrove Diaz. *La moderna Victimología*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1998. p. 161 y ss., 201 y ss.

⁽⁷⁾ Cfr. Eguzkilore. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 13, extr., marzo, 1999. p. 281 y ss.

Como era de esperar, nuestro Código Penal de 1995 introduce algunas innovaciones en este campo, pero debe avanzar todavía más. El nuevo art. 21, al regular las atenuantes, establece como circunstancia 5.ª, "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". Tiene en cuenta y mejora algo la redacción del Código anterior de 1973 que, en su art. 9, decía: "La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y, por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción".

Ahora nos limitamos a comentar brevemente el acierto del Código de 1995 al tomar en consideración la reparación a "el daño ocasionado a la víctima", y prescindimos de las modificaciones, aunque son importantes. El Código de 1973 tenía en cuenta la reparación o la disminución de "los efectos del delito" en general, sin referencia directa a las víctimas; en cambio, ahora se especifica que se trata de disminuir los efectos de "el daño ocasionado a la víctima".⁸ En el ámbito semántico merece elogiarse, por una parte, la introducción de la frase "el daño ocasionado por el delito" en lugar de "los efectos del delito" (esta frase adolece de ambigüedad y abstracción); por otra parte, la omisión del vocablo "ofendido" que pertenece a la terminología del Derecho Penal tradicional y, un tercer aspecto, la introducción del vocablo "víctima", que ocupa un lugar central rebosante de sentido innovador en la nueva ciencia victimológica.

La nueva posibilidad del art. 21, 5.ª, en relación con el 70, de abreviar la sanción privativa de libertad, cuando el culpable repara "el daño ocasionado a la víctima", abre muchos horizontes teóricos, pero no tantos en la práctica, pues una gran parte de las personas privadas de libertad, los autores de pequeños hurtos y pequeños robos, "los pobres diablos", cuando están encarcelados poco pueden hacer en favor de sus víctimas, pues la institución les despersonaliza de tal manera que bastante tienen con sobrevivir, como analiza Philippe Landenne con datos concretos, aunque quizás exagerados o unilaterales.⁹

Pero, otros internos, por ejemplo, los condenados por narcotráfico, terrorismo y diversas formas de delincuencia organizada, sí pueden hacer algo y, con frecuencia, mucho en favor de sus víctimas. La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de *Solidaridad con las víctimas del terrorismo* (BOE del 9 de octubre), aprobada por unanimidad, reconoce atinadamente, y conviene proclamarlo públicamente, que son los autores de esos delitos quienes deben reparar a sus víctimas. Sólo cuando no lo cumplen, el Estado hace efectiva esa reparación subrogándose frente a los obligados al pago de sus indemnizaciones, debidas en estricta justicia, pero insu-

(⁸) Lógicamente, los titulares del derecho a la reparación o indemnización son las víctimas y sus herederos, como especifica el *Reglamento de Ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo* (arts. 11 y 14).

(⁹) Cfr. S. J. Philippe Landenne. Op. cit., p. 214 y ss.

ficientes, ya que nunca pueden sustituir el dolor padecido. Urge que se caiga en la cuenta de que muchos delincuentes pueden llevar a cabo reparaciones más satisfactorias.¹⁰

Para lograr el protagonismo debido de las víctimas y su reparación moral y material que ahora propugnamos habrá que conseguir un profundo cambio de mentalidad en la opinión pública, en muchas personas del mundo jurídico y en muchas que trabajan en las instituciones penitenciarias, no sólo quienes las dirigen. Habrá que insistir en que la Victimología reestructura lo medular del Derecho Penal tradicional, como indica, por ejemplo, Albin Eser en dos recientes estudios.¹¹ Eser afirma con acierto, en el primero, que el delito en cuanto conflicto grave entre autor y víctimas corre peligro de entenderse (por los penalistas retribucionistas que consideran al Estado como ejecutor de una “justicia superior”) como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando en realidad el delito es una auténtica herida social que debe, ante todo, sanarse, aunque sin olvidar que también exige un mal adicional al delincuente (p. 141).

(Cabe preguntarnos, entre paréntesis, qué pretende sugerir Eser cuando escribe “Y, por último, de igual manera que el ser humano debe temer la ‘venganza divina’, parece en consecuencia, que...”. Supongo que no desea mantener la tradicional teología católica del Dios justiciero que castiga con el infierno al pecador. En el año 2000 muchos teólogos de suma autoridad y prestigio [por ejemplo, Estrada¹²] admiten el mito del infierno, pero niegan su existencia real y opinan que Dios a nadie castiga, sino que deja a las causas segundas, tan apreciadas por Santo Tomás, que ellas respondan naturalmente a las personas que violan gravemente las normas elementales de la convivencia, reservándose ÉL la misión de perdonar siempre).

Como Director de un Instituto de Criminología he intentado, pero no conseguido, llevar a cabo una información estadística de cuántas personas privadas de libertad en España reparan el daño ocasionado a sus víctimas. Sí se ha hecho ya algo de esto en Francia, según datos publicados por la actual Ministra de Justicia,

(10) Cfr. Jaime Solé Riera. *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona : J. M. Bosch, 1997. p. 121 y ss.

(11) Albin Eser, “‘Menschengerechte’ Strafjustiz. Vision eines am menschen als einzel – und sozialwesen orientierten straf – und verfahrenssystems” (“Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”) (trad. Jon M. Landa Gorostiza), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho, Universidad a Distancia, 2.ª época, n. 1, Madrid, 1998. p. 131-152; y “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducido por Manuel Cancio Meliá), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996. p. 1021-1046. Respecto al moderno Derecho Penal internacional, cfr. Julio Andrés Sampedro. “La Corte Penal Internacional: aproximación al papel de las víctimas”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 69, 1999. p. 635 y ss.

(12) Juan Antonio Estrada. *La imposible teodiceia*, Madrid : Trotta, 1997. p. 371.

la señora Guigou, en el Anexo II de su *Circulaire relative à la politique pénale d'aide aux victimes d'infractions pénales*, aparecida en el *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* 71, 1.º julio-30 septiembre 1998.¹³ Los establecimientos penitenciarios de nuestro país vecino, en el 30% de los casos, ignoran si los detenidos han sido condenados a indemnizar a una o a varias víctimas, porque carecen de los documentos judiciales necesarios; el 64% de las víctimas de infracciones cuyos autores han sido detenidos no reciben indemnización alguna de esos victimarios; y más del 30% de los condenados privados de libertad tampoco llevan a cabo indemnización alguna a sus víctimas, aunque se las conocen personalmente.

4. La satisfacción de las responsabilidades civiles a las víctimas como llave para la suspensión de la ejecución de la sanción privativa de libertad

Veamos, telegráficamente, cómo el nuevo Código español admite que la reparación a las víctimas motive la suspensión de las penas privativas de libertad; lo que, en parte, coincide con la tradicional, casi centenaria, remisión condicional. Esta la regulaba el Código de 1973 en su artículo 93. El nuevo Código de 1995 la moderniza en varios aspectos. La sección 1.ª del capítulo III del Libro primero, arts. 80-87, la denomina más técnicamente "suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", amplía su ámbito de aplicación, concede más arbitrio judicial y, sobre todo, lo que a nosotros ahora más nos interesa, introduce un nuevo motivo de concesión: "Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

El Código anterior no exigía este requisito. Merece alabarse esta innovación que la doctrina moderna de la "justicia reparadora" considera indispensable y básica. Pero parece criticable la segunda parte de esta condición, cuando deja al arbitrio de Juez o Tribunal declarar la imposibilidad de que el condenado haga frente a las responsabilidades civiles. Dice así: "... salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas".

Es de todos conocida y merece tenerse presente la excesiva facilidad con que los Tribunales suelen declarar la imposibilidad total de que el condenado haga frente a sus responsabilidades civiles. Como he indicado en otras ocasiones, el condenado siempre puede hacer algo, aunque sólo sea simbólicamente (que no es poco), en favor de las víctimas. También merece criticarse la vaguedad de la expresión "oír a los interesados", como explicamos a continuación, en el apartado siguiente.

(13) Ministerio de Justicia, *Circular sobre la política penal de ayuda a las víctimas de infracciones penales*, París, 13.07.1998.

5. ¿Deben las víctimas mediar en la *Sentencing*?

Los especialistas norteamericanos escriben más que los europeos acerca de la *Sentencing* que sigue a la *Conviction*, es decir, ese momento, más que momento, esa segunda fase del proceso durante la cual se estudia y decide la “cantidad” y, previamente, la “cualidad” de la respuesta al delito del cual se ha probado culpable, *convicto*, al acusado. Pero, por desatención a los contenidos cognitivos y a las actitudes de la Victimología, casi nadie insiste todo lo debido en la necesidad de que las víctimas intervengan —con la asistencia de peritos— en la *Sentencing*. Conviene releer a Marc Ancel y Jescheck-Weigend.¹⁴

Permítanme que aproveche el comentario a la condición 3.^a del art. 81 para formular, abiertamente, mi convicción de que las víctimas —con técnicos y peritos en ciencias criminológicas— deben poder intervenir o mediar durante la fase en la cual se determina la sanción concreta que el Juez o Tribunal impone al condenado. Esta condición 3.^a concede a los Fiscales declarar la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las responsabilidades civiles *después de oír a los interesados*. Convendría corregir esta última frase porque no hace referencia expresa también a las víctimas. Para la Victimología, los primeros “interesados” son las víctimas, pero este artículo no lo dice. Debía hacerlo para evitar que algunos Tribunales entiendan por “interesados” sólo a los condenados, y excluyan a las víctimas.

Nuestra petición en favor de que se las incluya expresamente tiene importancia y se debe aplicar también a todos los artículos que tengan alguna relación con la *Sentencing*, como por ejemplo el 80. 2 (plazo de la suspensión), el 84. 2 (infracción de la regla de conducta y sustitución) y el 87. 1 (suspensión de la condena para personas drogodependientes), cuando hablan de “previa audiencia de las partes”, “con audiencia de las partes”; el 86 (delitos privados para conceder la suspensión), pues pide que “los Jueces y Tribunales oirán a éste” (“el ofendido”). Debía decir “oirán a las víctimas directas e indirectas”, pues, con el texto actual, los intérpretes tradicionales entenderán que deben oír sólo al ofendido, es decir, el tradicional sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido deben modificarse también los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar más cabida a las víctimas directas e indirectas.

Parece acertado que el nuevo art. 114 del Código Penal conceda formalmente a los Jueces o Tribunales, durante la *Sentencing*, una facultad que hasta ahora sólo se reconocía por la Jurisprudencia y la doctrina: *la compensación de culpas*. Ahora los Jueces o Tribunales “podrán moderar el importe” de la reparación del daño o de la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por el delito cuando la víctima hubiere contribuido a ellos con su conducta. Según el nuevo texto, “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción

⁽¹⁴⁾ Jescheck-Weigend. *Lehrbuch des strafrechts. Allgemeiner teil*. 5. ed., 1996. p. 766, 884 y ss.

del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización". Es lógico que, si la víctima "precipitadora" contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio, el Juez o los Tribunales puedan moderar el importe de la reparación o indemnización que imponen al victimario.

Pero, la fórmula legal debía matizar y decir algo más en un tema tan complejo. Debía exigir y concretar más, en la línea marcada por Karl Engisch, en su *Einführung in das juristische denken* (cuya 8.ª edición se publicó en 1983), algo así como se observa en las tradicionales fórmulas de la legítima defensa o del estado de necesidad, a tenor del art. 20 del Código Penal. El texto actual al hablar de "el importe" da pie para pensar que la reparación o indemnización siempre son de naturaleza económica y sólo económica. También parece criticable que deje tan abierta la puerta a los Tribunales para disminuir a su arbitrio el importe de la reparación o indemnización. En caso de duda, se ha de conceder la preferencia, escuchar, atender y "oír" a las víctimas más que al delincuente.

Distintos son –y rebasan nuestro tema– los supuestos de las víctimas que aceptan la situación de riesgo, como explica Guillermo Portilla Contreras al estudiar el "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima".¹⁵

6. ¿Evitar el desarraigo social de los condenados por terrorismo?

Una aplicación concreta de esta necesidad de que las víctimas intervengan en la determinación de la sentencia, cuando se trata de delitos de terrorismo, debe aclararse urgentemente en España, aunque resulte peligroso. Nos referimos al art. 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Manifiesta el deseo de que cada área territorial cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y "evitar el desarraigo social de los penados". Estas últimas palabras han suscitado interpretaciones sumamente dispares. Algunas, en mi opinión muy radicales, han dado pie a movilizaciones populares de muchos miles de personas y de algunas instituciones políticas exigiendo que todos los penados de ETA, sin matices y sin excepciones, sean trasladados inmediatamente a los tres establecimientos del País Vasco.

Para la solución de este problema tiene aplicación el axioma que ahora estamos comentando, y que hoy ningún especialista niega, de que las víctimas deben tomar parte activa en la *Sentencing* cuando el Tribunal o la institución penitenciaria competente debate y decide a qué establecimiento debe ser enviado o trasladado el penado. A este respecto deberá tomarse en consideración la Ley Orgánica 14/

(15) Guillermo Portilla Contreras. "Tratamiento dogmático de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima", *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, n. 45, p. 695-738.

1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, de 10 de junio), y en concreto, el actual art. 57 de nuestro Código punitivo. Según este artículo, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas... los Jueces o Tribunales podrán prohibir en sus sentencias que los condenados vuelvan "al lugar en que se haya cometido el delito o... en que resida la víctima o su familia...".

Si se respeta este precepto muchos penados de ETA no deberán ser trasladados a las prisiones del País Vasco. Otro argumento en el mismo sentido nos brindan las Naciones Unidas en sus *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, de 14.12.1990, pues el décimo subraya la atención a las víctimas. Dice así: "Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto a los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles".

También merece citarse el criterio del eminente penitenciario mejicano Antonio Sánchez Galindo que, en su libro *El derecho a la readaptación social*,¹⁶ reconoce que muchas veces, sobre todo en condenados por delitos contra la propiedad, ayuda a la reinserción del interno el estar cerca de sus familiares y amigos, pero añade que no siempre, "ya que en muchas ocasiones, como asentábamos líneas arriba, la familia es incluso un factor criminógeno de importancia".

Además, el Derecho comparado y la política criminal nacional e internacional niegan tajantemente que el interno tenga derecho a residir en un establecimiento penitenciario próximo a sus familiares. En no pocos casos será conveniente e incluso necesario que resida en un establecimiento alejado, por los argumentos que explico detalladamente en mi estudio "¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco",¹⁷ para respetar los derechos de las víctimas, los derechos de los funcionarios e incluso los derechos elementales de los otros internos. Esta limitación se da con más frecuencia en los condenados por delitos de terrorismo. Patentemente lo constata y lamenta un miembro de los Grapo, Félix Novales, en su *Memoria personal de un militante Grapo*,¹⁸ cuando describe

(16) Antonio Sánchez Galindo. *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, 1983. p. 110.

(17) A. Beristain. "¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones? Desde el radicalismo étnico a la paz en el País Vasco", *La Ley, Revista Jurídica Española*, 3 y 06.09.1999, con abundante bibliografía. Idem, *International Annals of Criminology, Revista de la International Society for Criminology*, 1999. p. 65-100. Idem, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.12, 1998, p. 213-342.

(18) Cfr. Félix Novales. *El tazón de hierro. Memoria personal de un militante grapo*, Barcelona : Crítica, 1989. p. 179 y ss.

el tratamiento dictatorial de los terroristas jefes presos sobre y contra los otros compañeros terroristas también internos en el mismo establecimiento: "habíamos pasado por situaciones límites... y estábamos aterrorizados. Tan aterrorizados como un ratoncito entre las manos del gato que se niega a matarle todavía. Pero lo terrible era que el gato estaba dentro de nosotros. No, habíamos delegado en 'él' el gato que llevábamos dentro. Ahora ya, únicamente éramos ratoncitos. Ratoncitos frágiles, pusilánimes indefensos. Y a lo único que aspirábamos era a que su capricho nos permitiese vivir un poquito más". Muchos presos de ETA desean la dispersión para no estar sometidos a las órdenes de sus compañeros. El asesinato de la ex militante de ETA M. Dolores González Catarain (Yoyes), en Ordizia (Guipúzcoa) el 10.09.1986, lo comprueba.

7. ¿Intervienen las víctimas en las alternativas a la prisión?

La actual doctrina penitenciaria busca cada día con más empeño sustitutivos a la sanción privativa de libertad. Conviene que al estudiar aquí el papel de las víctimas, digamos algo acerca de uno de los más elementales: el de sustituir la prisión por la reparación o la mediación o por otras sanciones alternativas.

Nuestro actual Código Penal se ocupa de este problema en los arts. 88 y 89. A tenor del art. 88, los Jueces o Tribunales pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o por multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate. Este último caso tendrá muy en cuenta el esfuerzo del autor "para reparar el daño causado" por su infracción (art. 88. 1). Es acertada esta innovación introducida el año 1995, pero sería mejor que dijera "para reparar a las víctimas el daño causado", porque, como venimos repitiendo, el centro del Derecho Penal y del sistema penitenciario deben ser las víctimas de carne y hueso, o, con terminología de A. Eser, "el ser humano como individuo y ser social".

Entre las alternativas a la prisión, hemos de cultivar y fomentar especialmente la mediación y la reconciliación. Estas han de construirse "partiendo de los derechos de las víctimas", como indica José M. Tojeira, S. J.¹⁹ En el mismo sentido, Tony Peters e Ivo Aertsen,²⁰ y A. Beristain.²¹

(19) José M. Tojeira. "Verdad, Justicia, Perdón", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 11, 1999. p. 264 y ss.

(20) Tony Peters e Ivo Aertsen. "Mediation for reparation the victim's perspective", en E. Fattah y T. Peters (eds.), *Support for Crime Victims in a Comparative Perspective*, Lovaina, 1998. p. 229-251.

(21) A. Beristain. "Geht die gerechtigkeit von volke aus?", en Kurt Schmoller (Comp.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Köln, 1993. p. 425-440 (435 s.).

8. ¿Pueden las víctimas “entrar” en la prisión?

Quizás sea oportuno recordar aquí mi experiencia personal en la Universidad de Münster, el 05.07.1989, en el Seminario de Victimología dirigido por el profesor Hans Joachim Schneider. Las figuras centrales fueron el señor Ralf Sonntag, condenado a cadena perpetua, en prisión desde doce años antes, y la señora Gabriele Kleb-Braun, doctora y Juez en ejercicio, cuya madre murió asesinada cuando ella tenía 21 años. Estas dos personas iniciaron una relación epistolar algún tiempo después del asesinato de la madre de Gabriele y del ingreso en prisión de Ralf. Parte de sus cartas han aparecido en la revista periódica *Kuckucksei*, que editan los internos en la cárcel de Schwerte, donde cumple sentencia el señor Sonntag.

Las casi tres horas que duró el Seminario, las experiencias que manifestaron los dos protagonistas, así como los comentarios de los casi veinte participantes, me convencieron de que las víctimas pueden y deben entablar relaciones epistolares e incluso entrevistas personales en los locutorios de los establecimientos penitenciarios para llegar a importantes y positivas mediaciones, conciliaciones y reconciliaciones.²²

Como conclusión sectorial de este apartado cabría afirmar que la prisión paradójicamente puede “entrar” en las víctimas, puede atenderlas... De hecho el Servicio Penitenciario de la Probación en Inglaterra y Gales ha sido el iniciador de la asistencia a las víctimas de la criminalidad, como detalla su Inspector Jefe, Graham SMITH, en su estudio sobre “L’évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au Pays de Galles”.²³

9. ¿Juez de Vigilancia versus Director de Recursos Humanos de las Víctimas?

A nadie extraña que la justicia penal tradicional exija a la sociedad poner a disposición de los acusados carentes de medios económicos un abogado defensor que gratuitamente les atienda durante el proceso. Y exija, además, que un Juez de Vigilancia Penitenciaria (a tenor de los arts. 76, 77 y 78 de la Ley Penitenciaria y los correspondientes del Reglamento de 1996) se encargue gratuitamente de salvaguardar los derechos de todas las personas sancionadas a privación de libertad, y de corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Puede verse, a modo de ejemplo ilustrativo, el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, n. 1, del 27.02.1998, sobre dotación de material deportivo para el Módulo de Aislamiento,

(22) Cfr. A. Beristain. *Victimología. Nueve palabras clave: principios básicos, derechos humanos, criminología, terrorismo, religiones, mujeres y menores, mediación-reparación, derecho penal, política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 572 y ss.

(23) Graham Smith. “L’évolution récente du Service de Probation en Angleterre et au Pays de Galles”, Conseil de l’Europe, *Bulletin d’Information Pénologique*, diciembre 1998. p. 3-21 (17).

en el libro editado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Jurisprudencia penitenciaria 1998*, Madrid, 1999, p. 475-478.

Por motivos semejantes, la justicia penal y penitenciaria moderna, atenta a las ciencias victimológicas, debe proponer que en todas las instituciones penitenciarias haya una autoridad encargada de la misión que las grandes empresas asignan cada día más al Director de los Recursos Humanos, muy distinta, en cantidad y en calidad, que la misión propia del Jefe de Personal.²⁴

Al Director de Recursos Humanos en los establecimientos penitenciarios compete pretender que las prisiones logren sus objetivos simultáneamente con el fomento y desarrollo de las metas personales de sus empleados y/o clientes directos e indirectos. Estos incluyen muchas personas: funcionarios e internos, familiares de ambos etc.; pero también, y no en último lugar, las víctimas todas.

La función del encargado de Recursos Humanos, como resume Luis Puchol, en el gráfico siguiente, se caracteriza como eminentemente directiva, macroinstitucional, dinámica y en constante transformación. Se orienta especialmente al *desarrollo de las personas*. Esta función se ejerce principalmente por generalistas que tienen mayores oportunidades de alcanzar poder y más alto status organizacional. (Lo que actualmente se lleva a cabo en las prisiones españolas, según su *Informe General 1997*, Madrid, 1999, p. 37-59, debe mejorarse radicalmente.)



⁽²⁴⁾ Cfr. Luis Puchol. "El desarrollo de los Recursos Humanos: ayer, hoy y mañana", *Icade. Revista de las Facultades de Desarrollo y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid, diciembre 1999. p. 159-184.

10. Estadística de víctimas de los diversos delitos en España

Aunque, como hemos indicado, ya a finales del siglo XIX los Congresos Internacionales Penitenciarios se preocuparon por la reparación a las víctimas de los delitos, sin embargo todavía hoy predominan los estudios acerca del número de los delitos y delincuentes; pero escasean las investigaciones respecto a los sujetos pasivos de la criminalidad. A continuación se reproduce una estadística de las diversas víctimas en España. Recoge los datos que han sido facilitados por el Ministerio del Interior al profesor Alfonso Serrano Maillo.²⁵ Son cifras de uso interno correspondientes al año 1996, a escala nacional, unificando las estadísticas de la Policía y la Guardia Civil.

Las mujeres fueron víctimas en 58.301 casos, frente a 47.674 de los hombres, lo que manifiesta que el autor del delito busca con más frecuencia a la mujer como víctima, quizás, entre otros motivos, por la menor resistencia que ofrece y el menor riesgo para el autor en caso de que ella pretenda defenderse. Por edades, el mayor número de víctimas se encuentra entre los 25 y 40 años (33.419), seguidos de los de 40 a 60 (29.315), los de 18 a 25 (19.735) y mayores de 60 años (14.926).

Víctimas

Victimas	Tipos de delitos													
	Propiedad	Personas						Libertad sexual		Libertad y seguridad				Seg. Int.
	Robos violentos	Homicidio	Asesinato	Parricidio	Infanticidio	Lesiones	Otros	Violaciones	Otros	Detenciones ilegales	Exp. Mend.	Amen. a l.	Otros	Atentados
Naturaleza														
Sujeto pasivo	104.007	887	155	70	2	79.556	6.590	1.308	6.674	859	226	432	2.265	5.097
Personal establ.	1.615	18	0	0	0	438	26	0	12	6	2	2	7	42
Tercera persona	281	36	10	1	0	1.638	40	14	34	5	0	0	8	51
Agente autoridad	72	8	3	0	0	161	18	0	12	4	0	2	2	7.381
Total	105.975	949	168	71	2	81.793	6.674	1.322	6.732	874	228	436	2.282	12.571
Sexo														
Varones	47.674	714	110	22	1	51.376	3.800	119	1.015	430	123	284	583	12.120
Mujeres	58.301	235	58	49	1	30.417	2.874	1.203	5.717	444	105	152	1.699	451
Edad (años)														
Menos de 16	4.738	28	9	11	1	5.798	259	231	2.441	95	207	15	236	44
De 16 a 18	3.842	22	3	1	0	3.599	122	118	668	58	2	8	34	21
De 18 a 25	19.735	168	25	6	0	16.848	810	387	1.642	210	5	47	154	919
De 25 a 40	33.419	417	52	19	1	31.924	2.634	443	1.473	341	7	142	1.131	7.905
De 40 a 60	29.315	232	53	20	0	17.856	2.116	121	403	129	2	174	626	3.354
De 60 o más de 60	14.926	82	26	14	0	5.768	733	22	105	41	5	50	101	328

(25) Cfr. Alfonso Serrano Maillo. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996. p. 1.253 y ss.

Relación con el autor														
Padre/Madre	158	25	7	11	1	1.922	159	29	85	15	37	14	63	19
Hijo	46	14	8	16	0	2.126	163	37	155	10	123	3	207	6
Cónyuge	48	65	12	37	1	11.510	932	115	131	33	0	10	1.244	29
Pariente	108	81	23	4	0	4.208	352	87	211	17	14	15	46	15
Laboral	112	20	4	0	0	2.420	277	29	245	32	1	40	21	329
Escolar	65	0	0	0	0	934	47	12	122	3	0	7	2	2
Amistad	369	135	19	1	0	4.815	372	225	532	92	0	31	42	11
Casual	2.517	99	21	0	0	8.550	865	121	495	65	0	26	52	431
Otra	2.229	162	27	0	0	12.691	1.506	118	640	121	9	63	197	884
Ninguna	100.323	348	47	2	0	32.617	2.001	549	4.116	486	44	227	408	10.845
Resultado acción														
Sin lesión	91.508	155	19	9	0	6.717	5.796	709	5.665	636	228	401	2.200	7.094
Lesiones leves	13.521	180	14	15	1	69.547	790	580	1.030	215	0	33	67	5.340
Lesiones graves	914	292	24	16	0	5.506	67	32	36	22	0	2	10	133
Muertos	32	322	111	31	1	23	21	1	1	1	0	0	5	4

Fuente: Alfonso Serrano Maíllo (1996): "Estadística", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, UNED, Madrid, 1.253, 1.255, 1.263 y ss.

11. A modo de miniconclusiones, desde Francia

A la luz del "Informe para una nueva política pública de ayuda a las víctimas", "Rapport pour une nouvelle politique d'aide aux victimes", elaborado por el Groupe Interministériel d'Aide aux Victimes, presidido por Marie-Noëlle Liebmann, Diputada europea, París, mayo, 1999, comentado por Hélène Magliano, Presidente de Cámara en el Tribunal de Apelación de París, y por Jacques Calmettes, Vicepresidente del Tribunal de Gran Instancia de Marsella, considero que podrían formularse como miniconclusiones, de estas páginas, algunas de las 114 proposiciones que el informe francés presenta para mejorar la atención a las víctimas y a sus familias. Muchas de ellas se refieren al ámbito penal, procesal y penitenciario.

En mi opinión pueden proponerse, entre otras, las 3 siguientes conclusiones, inspiradas en las Propositiones francesas números 30, 33, 61 y 63:

A – el Juez de "application des peines", o Juez de Vigilancia Penitenciaria, informará a las víctimas de todas las decisiones que les conciernen directamente.

B – las víctimas tendrán derecho a una parte mayor del peculio del privado de libertad.

C – en cada fase del procedimiento judicial, incluida la fase de ejecución de las penas, los magistrados y el presidente deberán informar a las víctimas de las condiciones y de los derechos que tienen para la indemnización.

Esta última conclusión parece que no se tuvo en cuenta durante el juicio a los miembros de ETA acusados de haber asesinado, el 11.03.1997, a Javier Gómez Elosegui, funcionario del Centro Penitenciario de Martutene y profesor de la Universidad del País Vasco. Según el texto de la Sentencia 17/98, de la Audiencia

Nacional, Sala de lo Penal, Sección primera, de 30.03.1998, la viuda y la hija de la víctima directa quedaron privadas de los 50 millones de pesetas que a tenor de la ley y la petición del Fiscal les correspondían.²⁶ Esta sentencia del 30.03.1998 prueba que el procedimiento penal español²⁷ está todavía lejos de lo que exigen las Naciones Unidas y el Consejo de Europa respecto a los derechos fundamentales de las víctimas directas e indirectas.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. Beristain. "Hoy y mañana de la política criminal protectora y promotora de los valores humanos. La paz desde la victimología", en Consejo General del Poder Judicial, *Política criminal comparada, hoy y mañana*, Madrid, 1999. p. 9-85 [54 s.]. Idem, "Nombramiento de Miembro de Honor del Ivac-Krei, a título póstumo, a Francisco Javier Gómez Elosegui", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 11 extr., 1997. p. 293 y ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. José Luis de la Cuesta Arzamendi *et alii*, "The treatment of victims of crimes and offences in the Spanish system of justice", en E. Fattah, T. Peters (eds.), *Support for crime victims in a comparative perspective*, Leuven, 1998. p. 69-81 [71].

4. CRIMINOLOGIA

4.2

A VIOLÊNCIA DURANTE O SONO NATURAL E ARTIFICIAL: aspectos clínicos e jurídicos

PAULO C. VAZ DE ARRUDA

ORLANDO PIRES JR.

GILBERTO D'ELIA

FERNANDA L. GOMES DE MELO D'ELIA

MARIA ADELAIDE FREITAS CAIRES

CLÁUDIO LEOTTA DE ARAUJO

SUMÁRIO: 1. Atos automáticos praticados durante o sono natural: 1.1 Automatismos internos; 1.2 Automatismos externos – 2. Atos de violência durante o sono: 2.1 Violência associada à confusão ao despertar súbito; 2.2 Violência associada ao sonambulismo; 2.3 Violência associada ao terror do sono; 2.4 Violência em portadores de distúrbios do sono REM (RDB) – 3. Sono artificial: 3.1 Crises sonambúlicas hipnóticas – 4. Aspectos jurídicos – Bibliografia.

Resumo: Os autores estudam os diferentes automatismos que ocorrem durante o sono e levam a atos de violência, com as devidas consequências médico-jurídicas.

Estes atos de violência, de acordo com os estudos das diferentes fases da estrutura do sono, são classificados em quatro tipos: os que ocorrem em decorrência de uma perturbação no ato de despertar, os de natureza sonambúlica, os de terror do sono, e, finalmente, aqueles devidos a uma perturbação da “fase REM” do sono, período no qual ocorrem os sonhos. Para estes delitos de diferentes gravidades, alguns países já possuem uma legislação formada, enquanto, para outros, ela é ainda muito controversa.

Pelo fato de não existir, ainda, no Brasil, uma legislação específica sobre o assunto, os autores, através das mais recentes técnicas científicas, procuram trazer subsídios para que os juristas possam vir a estabelecê-la.

Palavras-chave: Violência – Automatismos – Sono – Sonambulismo.

1. Atos automáticos praticados durante o sono natural

Existem diversas formas de classificar os automatismos de sono, de acordo com os diferentes focos que se pretende estudá-los. Isso faz com que os menos avisados se percam, pois algumas delas mostram-se até contraditórias, como por

exemplo: daqueles automatismos com interesse médico-legal ou jurídico – na Inglaterra em menos de 20 anos as classificações se alteraram e com elas o critério de responsabilidade criminal dos indivíduos que cometiam violência durante os mesmos.

Para nosso estudo, em um primeiro momento devemos distinguir duas formas de automatismo: aqueles oriundos de processos decorrentes de perturbações da própria estrutura do sono (automatismos internos), daqueles decorrentes de fatores externos à patologia propriamente dita do sono, mas cujo aparecimento surge de preferência nele (automatismos externos).

1.1 Automatismos internos

Eles dizem respeito a algumas formas de parassonias.

As parassonias, que em 1975 foram definidas com finalidade jurídica por Fenton como um grupo de distúrbios do sono, em que fenômenos comportamentais impróprios ao dormir ocorrem durante o sono. A partir de 1990, após a nova classificação dos distúrbios do sono, passaram a ser conceituadas da seguinte forma: caracterizam um grupo de desordens do sono que se traduzem por uma conduta anormal ou eventos fisiológicos que surgem nas diferentes fases do sono ou na transição do estado de sono para o de despertar. São divididos em quatro grupos, a saber: distúrbios do acordar, da transição sono-despertar, distúrbios do sono REM e grupo residual.

Para o estudo a que estamos nos propondo, nem todas merecerão a nossa atenção. Das referentes ao distúrbio do acordar, vão nos interessar: a confusão ao despertar, o sonambulismo e o terror do sono.

Das referentes ao distúrbio do sono REM, tem importância para nós: os pesadelos e as desordens do comportamento durante o sono REM (RDB – REM Disorder Behavior).

1.2 Automatismos externos

São fenômenos de outros sistemas orgânicos, que ocorrem exclusiva ou predominantemente durante o sono. São elas: concussão cerebral, estados hipoglicêmicos por perturbação do uso de insulina, intoxicação involuntária, convulsões noturnas atípicas e ataques psicogênicos dissociativos.

2. Ato de violência durante o sono

Nas pessoas pré-dispostas são desencadeados ou facilitados em seu aparecimento pelos estados de fadiga, grande ansiedade, uso de drogas, privação do sono e mudanças de ambiente de dormir.

Podem ser subdivididos em 4 categorias:

1. violência associada à confusão ao despertar súbito
 2. violência associada ao sonambulismo
 3. violência associada ao terror do sono
 4. distúrbio de comportamento do sono REM (RDB)
- Passemos à análise particularizada de cada uma dessas 4 entidades.

2.1 *Violência associada à confusão ao despertar súbito*

Caracteriza-se por um estado de semi-vigilância que se expressa por um quadro confusional, de desorientação e interpretação equivocada da realidade, advindo, como o nome diz, de um despertar repentino do indivíduo dos estágios 3 e 4 do sono profundo. É também conhecida pela denominação "l'ivresse du sommeil", tendo sido descrita por Broughton em 1968.

O ato de violência é determinado por uma falsa interpretação da realidade durante a qual, com o intuito de defender-se de um atacante imaginário, o indivíduo tem a sua agressividade despertada. Há amnésia completa do ocorrido. Schmidt, em uma revisão, encontrou 15 casos de homicídio e 20 de agressão.

Bom exemplo desse distúrbio vamos encontrar na literatura especializada: no século XIX, em Kentucky, um viajante pediu ao carregador do hotel que o chamasse pela manhã. Ao ser acordado, e interpretando o ato como uma agressão, disparou três tiros, matando o empregado. Foi a princípio condenado pela justiça e a seguir absolvido por "estar inconsciente quando matou a vítima".

2.2 *Violência associada ao sonambulismo*

Inicialmente faz-se necessário reafirmar que as crises sonambúlicas nada têm a ver com as de natureza histerica ou epilética. Durante muitos anos, os episódios sonambúlicos foram considerados como "equivalentes epiléticos", mas atualmente, desde a introdução dos métodos de estudo polissonográficos, passaram a traduzir uma imaturidade no sistema de despertar, ou seja, seria um despertar incompleto com amnésia total.

Os atos de violência durante crises sonambúlicas são conhecidos desde a mais remota antiguidade. Talvez o primeiro relato em bases científicas tenha ocorrido em 1927 e relatado por Legrand Du Saulle em seu famoso *Tratado de Medicina Legal*.

Durante esses episódios de violência, a maior parte das vítimas são os cônjuges. O relato mais conhecido é de um aviador americano, absolvido em 1961 por ter estrangulado a namorada durante uma crise.

Em um raro caso feminino que conhecemos, a paciente, após ter ferido com gravidade seu marido, impôs-se, ela própria, a pena de dormir com uma das mãos algemadas à cama.

2.3 Violência associada ao terror do sono

Embora alguns pesquisadores ainda teimem em julgar o terror do sono como uma crise sonambúlica abortada, a última classificação do sono o coloca em uma categoria diferente, como uma entidade diferenciada do sonambulismo. As crises de violência durante esses episódios não são tão frequentes quanto as encontradas na entidade anteriormente descrita. Frequentemente, são precipitadas por estados de fadiga, privação de sono, grande estresse, mudança no local de dormir e durante o uso de medicamentos psicoativos. Embora a amnésia sobre o ocorrido seja a regra, por vezes a pessoa guarda certa lembrança a respeito do ocorrido.

Em 1878 temos o relato de um soldado escocês que matou seu bebê ao atirá-lo contra a parede: teria sonhado estar lutando contra um animal selvagem! Esta interpretação é apenas uma suposição, pois sabemos que as crises de terror do sono ocorrem fora dos períodos dos sonhos. A única punição para esses casos é a decretação da obrigação do indivíduo de ter que dormir sozinho.

O fato de um certo número de indivíduos apresentarem algumas lembranças do ocorrido, correlacionando-as a um sonho, nos obriga a fazer algumas considerações especiais, uma vez que o terror do sono, como dissemos, não ocorre nas fases dos sonhos (REM), mas sim no estágio 4 do sono (NREM).

– Cartwright, reestudando a presença dos sonhos em diferentes estados psicológicos e psicopatológicos, aborda a questão dos sonhos poderem estar ligados ao terror do sono. Esta parassonia tão bem descrita por Broughton em 1968 e reestudada por ele mesmo em 1999, acontece durante a transição da fase delta para a fase REM, no primeiro período da fase REM, pode reduzir o total dos períodos de REM durante o sono.

– a teoria psicofisiológica do terror do sono criada por Broughton ainda é considerada verdadeira: trata-se de um distúrbio do despertar acompanhado por uma intensa ativação autonômica que se instalaria em pessoa predisposta.

– dez anos após sua publicação, Arkin completou-a passando a considerá-la como um acontecimento próprio da fase NREM, que sofreria uma interferência dos processos da fase REM, associados a uma perturbação da consciência. Essa complementação do autor deve-se ao fato de que, embora surgindo na fase NREM, é precedida por uma *atividade fásica* intimamente ligada à fase REM e conseqüentemente poderia ser considerada como decorrente de componentes da fase REM, *ocorrendo fora de seu contexto habitual*, ou seja, na fase de ondas lentas.

– no dizer de Reimão, a explicação de Arkin complementar a teoria proposta por Broughton.

– quando se lembram do conteúdo dos sonhos, estes vêm carregados de emoções desagradáveis que determinam grande alteração do comportamento.

– quando esse comportamento mostra-se agressivo, faz-se necessário proceder ao diagnóstico diferencial com outras entidades, em que a violência aparece

durante o sono. A nosso ver, essa distinção poderá ser feita durante o estudo polissonográfico.

— o diagnóstico diferencial principal do terror do sono é com o pesadelo: este surge a partir de um estágio REM, mas com despertar abrupto após transcorrido cerca de dez minutos do estágio REM e acompanhados por descargas autonômicas mais discretas que as encontradas durante as crises de terror.

2.4 Violência em portadores de distúrbios do sono REM (RDB)

Jouvet e cols., em 1965, ao determinarem lesões experimentais em tegmento pontino de gatos, verificaram o aparecimento de comportamento violento no animal. A primeira publicação em um ser humano ocorreu no fim da década de 70, por um grupo de pesquisadores japoneses que descreveram sua existência em um caso de síndrome de abstinência alcoólica. Em 1985, portanto 20 anos após os trabalhos de Jouvet, Shenck e cols. descrevem como uma nova forma de parassonia o aparecimento de crises de violência em quatro indivíduos. A partir de então, numerosos são os casos relatados, passando então a serem estudados pela Psiquiatria Forense no capítulo da criminalidade. Data desta época uma série de discussões médico-legais com finalidade de formar uma jurisprudência a respeito.

Os episódios predominam nitidamente em adultos, embora já existam relatos de seu aparecimento em crianças. Surge na fase REM, que ocorre na altura dos noventa minutos do sono e, do ponto de vista eletroencefalográfico, tem como característica fundamental o não desaparecimento temporário do tônus muscular. A perda da atonia durante um episódio de sonho fez com que Arruda o caracterize como “sonho em marcha”, o que viria explicar a grande incongruência nas descrições das crises sonambúlicas existentes na literatura.

Esses episódios costumam ocorrer com frequência de uma vez por semana, se bem que algumas vezes possam aparecer em noites sucessivas. Cox e cols. em 1990, Schenk e cols. em 1992, descrevem o encontro de deterioração das funções do lobo frontal, perturbação da memória em diversas das suas formas e várias outras manifestações neurológicas. Demonstrou tratar-se de pacientes com diversas lesões cerebrais e com patologias degenerativas. Assim é que tem sido encontrado esse distúrbio em casos de esclerose múltipla, manifestação de Arnoud-Chiari, narcolepsia, doença de Parkinson, demência e tumores do tronco cerebral.

A característica mais notável deste distúrbio é a ausência de qualquer explicação psicologicamente coerente para o ato.

O risco de reincidência também deve ser considerado. Entretanto, Taylor, citando trabalhos de Hartmann realizados em 1983 e os de Tarsh em 1986, não relata nenhum caso de reincidência de atos de violência após terem sido absolvidos, uma vez que tenham sido tratados adequadamente e evitados os fatores precipitantes.

3. Sono artificial

3.1 *Crises sonambúlicas hipnóticas*

Embora o estado hipnótico seja sabidamente considerado não como um estágio de sono, mas sim como um “estado especial de consciência”, no qual a maioria dos autores o considera como um estado de “consciência exaltada”, vamos considerá-lo em nosso estudo, uma vez que se trata de um quadro dissociativo de consciência, no qual alterações do comportamento podem vir a ocorrer.

A hipnose tem origem na famosa teoria do “magnetismo animal”, proposta em 1776 por Mesmer em uma Tese realizada no apogeu de sua teoria, que ficou conhecida pela denominação de “Mesmerismo”. Embora seu autor tenha sido posteriormente preso e a sua teoria descartada, seu nome continua sendo citado por ter sido ele realmente o criador da hipnose.

A hipnose posteriormente foi desenvolvida como técnica por Charcot, não mais em bases do magnetismo animal, ganhando uma importância capital como método terapêutico, a princípio usado essencialmente nos episódios histéricos e posterior e atualmente como uma técnica anestésica em casos especiais.

Durante o estado dissociativo induzido através da sugestão, podem ocorrer fenômenos impropriamente denominados por crises sonambúlicas, durante as quais o indivíduo hipnotizado passa a executar atos automáticos com amnésia total de sua ocorrência.

Embora seja sobejamente sabido que durante os transe hipnóticos os indivíduos não realizam atos contrários a sua moral, naqueles casos em que previamente ele já é capaz de atuar de maneira imprópria, com comportamento inadequado e imoral, poderá perfeitamente vir acontecer, através da sugestão, atos delinqüenciais.

O surgimento de atos criminosos durante os episódios de automatismo hipnótico são raramente encontrados na literatura científica. O mais famoso deles é o denominado Jensem ocorrido no início da década de 60: um hipnotizador de circo utilizou Jensem, sabidamente indivíduo de moral duvidosa para, durante o estado hipnótico, induzi-lo a cometer furtos. Jensem foi preso e submetido a julgamento, embora negasse ter realizado os atos por sua vontade própria.

4. Aspectos jurídicos

Até o século XIX, não se encontram diretrizes uniformes a respeito dos atos automáticos violentos ocorridos durante o sono. Os motivos são múltiplos e a nossa impressão é que o fato se deve a uma grande mistura de entidades envolvidas, sem a possibilidade de diagnosticá-las diferencialmente. Contrariamente, quando não há dúvida quanto ao diagnóstico, como nos casos de automatismo epilépticos, a grande tendência é de serem julgados como atos automáticos insanos. Nos demais, com etiologia controvertida, os pareceres variam com grande

inconstância. Legrand Du Saulle, em 1886, em sua 10.^a edição de seu famoso *Tratado de medicina legal*, nos demonstra que na época havia duas opiniões contrárias a respeito dos atos delinqüenciais cometidos durante um automatismo ocorrido no sono, como é o caso do sonambulismo.

A primeira delas, a respeito da responsabilidade jurídica e sustentada por Hoofbauer, Fodéré e Muyart de Vouflans, dando como culpado os autores de crimes cometidos durante uma crise sonambúlica, baseado em que os atos homicidas eram provavelmente decorrentes de idéias e meditações ocorridas durante o estado de vigília. Dentre esses três autores, Fodéré é o mais enérgico no sentido da culpabilidade. Esta posição é considerada por Legrand como desumana e provavelmente calcada em um dos Césares, que condenou um cidadão romano por haver sonhado ter matado o imperador: se você não tivesse tido a idéia de fazê-lo quando acordado, jamais teria tido o desejo de fazê-lo durante o sono, desconhecendo assim os mistérios do sono.

A segunda opinião, que era mais freqüentemente adotada é a de que durante o ato sonambúlico a vontade dos indivíduos encontrava-se enfraquecida, frágil, motivo pelo qual pena alguma deveria ser aplicada, uma vez que não se deve punir um indivíduo apenas por uma intenção presumida.

Contudo, Legrand Du Saulle faz mensagem da grande diversidade existente anos antes. Relata que no *Archives Generales de Médecine* publicado em 1827, o autor cita um caso bastante curioso por Alfred Maury: um cidadão, durante uma crise sonambúlica, abre a janela do quarto e, carregando a esposa que dormia, a atira para a rua gritando “ao fogo!”. Após uma luta judiciária o indivíduo foi penalizado, baseado no seguinte argumento, já referido anteriormente por Fodéré: se ele não pensasse enquanto acordado em matá-la, não teria feito durante o sono.

Além desses referidos casos, os relatos com caráter científico na época são escassos e sem uniformidade de julgamento. Já no século XX, manuais de Psiquiatria Forense, principalmente os de língua inglesa, têm se preocupado mais sobre o assunto. Na legislação inglesa vamos encontrar numerosas leis que procuram regular os aspectos jurídicos que ocorrem durante o sono. Importante salientar, entretanto, que muitas delas são anteriores aos progressos da fisiologia e fisiopatologia do sono.

Bem mais recentemente, novas modificações de leis se processaram na Inglaterra para adequá-las aos avanços da ciência.

Para melhor demonstrar a situação jurídica desses automatismos na Inglaterra, vamos nos socorrer ao *Compêndio de Psiquiatria Forense* elaborado por Taylor. Fazamos um resumo de alguns trechos dessa obra:

As crises sonambúlicas e as do terror do sono acompanhadas por atos violentos, até há pouco tempo eram consideradas como automatismos “não insanos”, que ocorrem durante o sono, mas não são resultado de uma doença. Desde o julgamento de Lord Devlin, em Kemp, o júri passou a fazer uma distinção: automatismos insanos e não-insanos. O insano é produto de uma “doença da mente”; conseqüentemente, de acordo com a lei Mac Naughton, o acusado fica

detido no hospital. Em contraposição, uma defesa bem conduzida de um acusado de automatismo não insano o conduz à absolvição.

O júri reconhece como automatismo não-insano aquele determinado por concussão cerebral, intoxicação involuntária, hipoglicemia induzida por insulina e, há até pouco tempo, sonambulismo.

Em Quick and Paddison, o juiz Lawton introduziu uma distinção entre os fatores externos e internos, e desde então as anomalias originadas por fatores externos são vistas pela lei como automatismos não-insanos, enquanto aqueles determinados por fatores internos são vistos como automatismos insanos (causados pela doença da mente).

Dentre estes, os de natureza epiléptica passaram a ser considerados insanos (causados por fatores internos – doenças da mente) levando-os a um veredicto especial de inocência devido à insanidade.

Tudo que foi dito até agora diz respeito aos aspectos jurídicos existentes em países estrangeiros, especialmente nos de origem inglesa. No Brasil, pelo que nos foi dado saber, não existe uma legislação específica sobre o assunto. Acreditamos que os registros de casos a esse respeito sejam escassos, em virtude de uma dificuldade médica de diagnóstico laboratorial especializado. Ainda são poucos os laboratórios do sono com estudo polissonográfico e os mesmos não têm sido acessados pelos setores jurídicos.

Do ponto de vista da Psicologia Forense, recentemente Freitas Caires, realizando perícia judicial em um caso de homicídio violento ocorrido durante o sono, concluiu por uma “inimputabilidade no momento da ação”. Talvez seu parecer possa dar ensejo a um início de jurisprudência.

Para que esses estudos prossigam, faz-se mister a utilização, por parte do poder judiciário, desses sofisticados meios de diagnóstico diferencial.

A utilização da técnica hipnótica está legalmente bem regida no mundo inteiro e no Brasil, é regulamentada pelo Dec. 51.009 de 23.07.1961, expedido pelo Presidente da República.

O emprego da hipnose como técnica auxiliar testemunhal é proibida e encontra-se muito bem regulamentada principalmente em países de língua inglesa.

No Brasil, não se conhece legislação específica para esse tipo de crime, provavelmente em razão da falta de registros de casos desta natureza.

No plano internacional, em relato científico, conhecemos somente o caso Jensen, anteriormente referido por nós e que agora passamos a relatá-lo em seus aspectos jurídicos. Os fatos foram colhidos do Repertório da Jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos (Estrasburgo) na década de 60: “Um operário dinamarquês, homem de pouquíssimas luzes, foi preso por furto (assaltava residências). Confessou que o fazia induzido por um hipnotizador chamado Jensen, a seu turno capturado pela polícia. Foram ambos julgados e condenados por crime de furto: um por praticá-lo e outro por induzi-lo, este com base em dispositivo do direito dinamarquês que permitia, então, a condenação por *analo-*

gia, posto que a lei não previa hipótese de responsabilidade por crime induzido por hipnose.

Jensem, na cadeia, recorreu contra o Estado dinamarquês ante a Corte Europeia de Direitos Humanos por ser a *analogia*, em matéria penal, repugnante ao princípio jurídico (Liberdade do Direito Romano) do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, nenhuma penalidade pode ser imposta se não for previamente cominada em lei. A Corte deu ganho de causa a Jensem contra a Dinamarca, resultando na sua soltura e o País foi obrigado a reformar os seus códigos para deles eliminar a possibilidade de condenação por analogia em matéria penal”.

Bibliografia

- ARKIN, A. M. “Night terrors as anomalous REM sleep component manifestations in slow-wave sleep”. *Waking Sleep*, 2/143-147, 1978.
- ARRUDA, P. V. “A violência no sono e as implicações jurídicas. Jornada médico-jurídica, novos rumos da psiquiatria forense”. Associação Paulista de Medicina (APM), 1997.
- . “Aspectos psicopatológicos das epilepsias de interesse no campo jurídico”. III Jornada Paulista de Estudo Médico-Forense. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1996.
- . “EEG e criminologia”. Inst. Crim. São Paulo, 1996.
- . “Estudos eletroencefalográficos dos sonhos”. *Bol. Bras. Psiq.*, n. 1, São Paulo, vol. XIV, 1981.
- e PIRES, O. “Contribuição ao estudo do sonambulismo: análise eletroencefalográfica do adormecer e despertar de sonâmbulos adultos”. *Rev. Psiq. Clin.* 23/51-58, 1996.
- . “Violência no sono”. Aula Inaugural do Curso de Pós-Graduação *Sensu Lato*: Curso Interdisciplinar de Psicologia Jurídica, UESP. São Bernardo do Campo, 2000.
- BROUGHTON, R. “Behavioral Parasomnias”, *Sleep disorders medicine*. In CHOKROVERTY, S. (Butter Worth Heinemann), Boston, 1999.
- . “Sleep disorders: disorders arousal?” *Science* 105/1.070-1.078, 1968.
- ; BILLINES, R. e CARTWRIGHT, R. “Homicidal somnambulism: a case report”, *Sleep*, 17/253-262 1994.
- CARLINI, E. A. “Psicobiologia do sonho”. *Bol. Bras. Psiq.*, n. 1, vol. XIV/14-23, São Paulo, 1981.
- CARTWRIGHT, R. D. “Dreaming in sleep disorders patients”. *Sleep disorders medicine*. CHOKROVERTY, S. (Butter Worth Heinemann), Boston, 1999.
- CHARCOT, J. M. *Leçons sur les maladies du système nerveux*. Paris ; Bourne Ville, 1877.
- COONS, P. M. “Multiple personality disorder: forensic aspects”. In ROSNER, Richard, *Forensic psychiatry*. New York : Chapman e Hall Ed., 1994.
- DUSAULLE, L.; BERRYER, G. e POUCHET, G. *Traite de médecine légale de jurisprudence médicale et toxicologie*. Adrien Delahye et Emile Leckosnier (Éditeurs). Paris, 1886.
- FAULK, M. “Basic forensic psychiatry”. *Blackwell Scientific Publications*, London, 1994.
- FENTON, G. W. “Epilepsy and psychiatric disorders”, in KENDELL, R. E. e ZEALLEY, A. K. *Companion to Psychiatric Studies*. London : Churchill Livingstone Ed., 1993.

- HISHIKAWA, Y.; SUGITA, Y. e TESHIMA, Y. "Sleep disorders in alcoholic patients with delirium tremens and transient withdrawal hallucinations – Reevaluation of the REM rebound and intrusion theory", in KARACAN (Ed). *Psychophysiological aspects of sleep*. Park Ridele, Noyes Medical, 1981.
- HUMANES, J. F. H. e CASAL, G. B. "Distúrbio do comportamento associado ao sono REM". In: REIMÃO, R. *Sono abrangente*. São Paulo : Atheneu, 1996.
- JOUVET, M. e DEZORME, F. "Locus coeruleus et sommeil paradoxal". *Cr. Soc. Biol.*, vol. 159/895-899, 1965.
- MELLO, P. "Mecanismos neuropsicofisiológicos da hipnose". Dissertação de mestrado em Psicologia da Saúde apresentada à UMEP, p. 8-12, São Bernardo do Campo, 2000.
- MORAES PASSOS, A. C. e MARCONDES I. C. L. *Hipnose. Considerações atuais*. São Paulo : Atheneu, 1998.
- PACHECO E SILVA, A. C. *Psiquiatria clínica e forense*. São Paulo : Renascença, 1951.
- REIMÃO, R. e DIAMENT, A. "Terror noturno". *Sono na infância. Aspectos normais e principais distúrbios*. São Paulo : Sarvier, 1985.
- ROSNER, R. *Principles and practice of forensic psychiatry*. London : Chapman and Hall Ed., 1994.
- SHENKY, C. S.; BUNDLE, S. R. e MAHOWALD, M. W. "Human REM sleep chronic behavior disorders: a new category of parasomnias". *Sleep Res.*, 14/208-220, 1985.
- SPIEGEL, D. "Forensic uses of hypnoses". In ROSNER, Richard. *Forensic psychiatry*. New York : Chapman e Hall Ed., 1994.
- TAYLOR, P. S. "Organic disorders, mental handicap and offending". In GUNN, J.; TAYLOR, A. *Forensic psychiatry*. Butter Worth Heinemann, London, 1993.
- THORPY, M. G. Chairman. "International Classification of Sleep Disorders. Diagnostic and Coding Manual (ICSD)". Diagnostic Classification Steering Committee. ROCHESTER, M. N., American Sleep Disorders Association, 1990.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

O PAPEL DO INQUÉRITO POLICIAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO – O MODELO BRASILEIRO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema – 2. Os modelos de investigação criminal: 2.1 Juizados de Instrução: 2.1.1 França; 2.1.2 Estados árabes; 2.1.3 Espanha; 2.1.4 Argentina; 2.1.5 México; 2.2 Modelos acusatórios: 2.2.1 Alemanha; 2.2.2 Áustria e Bélgica; 2.2.3 Itália; 2.2.4 Portugal; 2.3 Modelos de *common law*: 2.3.1 Inglaterra; 2.3.2 Estados Unidos; 2.4 Modelo brasileiro – 3. O papel do inquérito policial no sistema acusatório brasileiro: 3.1 A importância do inquérito policial para aplicação da justiça criminal; 3.2 O inquérito policial como instrumento imparcial – A necessidade de conscientização das autoridades policiais – 4. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O trabalho procura focalizar o inquérito policial, explorando suas potencialidades, especialmente com relação à função que pode exercer dentro do sistema acusatório. Enfoca a utilidade desse instrumento na apuração dos fatos criminosos e sua ampla aplicação no processo penal brasileiro, assim como a infalível existência de uma fase investigatória pré-processual em todos os ordenamentos jurídicos do direito comparado em sociedades organizadas.

Palavras-chave: Inquérito policial – Sistema acusatório – Autoridade policial – Ministério Público – Direito comparado – Justiça criminal – Imparcialidade – Igualdade processual – Paridade de armas.

1. Introdução ao tema

Conforme muito bem destaca Bismael Batista de Moraes¹ o estudo do inquérito policial tem sido submetido a uma espécie de segundo plano ou mesmo a um velado abandono e preconceito por parte dos juristas pátrios.

Essa falta de interesse dos juristas da atualidade que dedicam apenas pequenas partes de suas obras ao estudo do inquérito policial, certamente teve seus reflexos na universidade e, conseqüentemente, na formação dos atuais operadores do direito. Constata-se uma falta de conhecimento prático e teórico da matéria

⁽¹⁾ “O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?”, *RBCCrim* 28/257-258.

e, especialmente, uma lacuna científica quanto ao estudo das reais potencialidades que o inquérito policial tem para uma justiça eficiente e ao mesmo tempo garantidora dos direitos individuais.

A imagem freqüentemente veiculada do inquérito policial costuma ater-se somente a dois aspectos que de forma alguma abarcam a totalidade das possibilidades apresentadas por tal instrumento. Inicia-se quase sempre por uma apresentação que procura menoscabar as funções e a natureza do inquérito, destacando suas supostas facetas negativas.

Os dois aspectos supra mencionados que costumam ser abordados na temática do inquérito policial, procurando reduzi-lo em suas funções e potencialidades são os seguintes:

a) Reduz-se o inquérito policial a instrumento a serviço da acusação, como se somente servisse para imputar condutas ilícitas a alguém.

b) Destaca-se sua característica inquisitiva, ensejando uma anacrônica relação com procedimentos ultrapassados absolutamente desrespeitosos aos direitos individuais, o que leva a uma visão superficial e negativa do inquérito.

Na realidade a abordagem de cada um dos dois aspectos acima mencionados pela doutrina numa visão reducionista do tema, demonstra a necessária interação de ambos numa relação inseparável e consequencial. Ora, no momento em que se concebe o inquérito como um instrumento primordialmente ou mesmo exclusivamente de imputação, suas facetas negativas sobressaem e seu caráter inquisitivo passa a gerar possibilidades de críticas daqueles que primam por um processo penal garantidor.

Nesse contexto o modelo brasileiro da fase da investigação criminal pré-processual tem sido submetido à constante crítica e indicações de necessidade premente de modificação. A tônica atual tem sido a discussão acerca de reformas no sistema penal e processual penal em uma contínua busca de respostas à crescente criminalidade que assola a sociedade. O que caracteriza efetivamente a temática dessas questões é o contínuo embate entre eficácia e garantias individuais. Este binômio sempre foi a grande problemática do processo a partir da valorização do ser humano; de sua visão não somente como sujeito de deveres, mas também, e especialmente, de direitos frente ao Estado.

Segundo Bobbio,² essa transição opera-se na mudança dos modelos de Estado Despótico e Absoluto para o modelo de Estado de Direito. “No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado Absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”.

Assim sendo, não se pretende somente repisar o tema da importância instrutória do inquérito policial na coleta de provas e indícios (estes aliás considerados como

(2) Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, p. 61.

prova conforme art. 239 do CPP), pois isso é mais que notório. Pretende-se destacar como o inquérito policial, no modelo brasileiro, pode colocar-se como instrumento garantista, equilibrando a relação processual sem prejudicar a eficácia do sistema. Para tanto faz-se necessária a libertação de preconceitos e idéias equivocadas como aquelas que reduzem o inquérito a instrumento a serviço da acusação e não como elemento neutro e imparcial de apuração da verdade; ou aquelas que vêem em seu caráter inquisitivo um injustificado desequilíbrio da relação processual; ou ainda as frequentes alegações de descompasso do direito brasileiro com os modelos estrangeiros, olvidando a força da fase investigatória e o prestígio da polícia existente nesses modelos, bem como pretendendo deixar de lado a tradição e a realidade brasileiras.

2. Os modelos de investigação criminal

Quando se pretende discurrir acerca de melhores caminhos para a investigação criminal, mister se faz uma observação sobre o que se opera em nível internacional, especialmente quando torna-se quase que um dogma acrítico na doutrina a afirmação de que o Processo Penal brasileiro, no que tange à investigação criminal, necessitaria adequar-se a modelos alienígenas em tese mais eficazes e garantidores. Afirmação esta que se faz geralmente pretendendo destacar um desprestígio da polícia judiciária no âmbito da investigação criminal, pondo em relevância a atuação do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal. Como se verá, esse desprestígio mundial da polícia judiciária não existe, sendo que em outros modelos verifica-se, contrariamente, um grande crédito à polícia na apuração das infrações penais.

No direito internacional pode-se distinguir basicamente três modelos de investigação criminal, a saber:

- a) Juizados de Instrução;
- b) Modelos acusatórios;
- c) Modelos de *common law*.³

Analisaremos separadamente cada um dos modelos acima com alguns exemplos, pondo em relevo a atuação da polícia judiciária, suas funções, atribuições e grau de autonomia.

2.1 Juizados de Instrução

2.1.1 França

Na França a fase de investigação criminal é tradicionalmente de competência de um "Juizado de Instrução". No entanto, paulatinamente atribuições foram sen-

(3) Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 36-38.

do delegadas à Polícia Judiciária pela Magistratura e, hoje, a importância das chamadas *enquêtes préliminaires* experimenta um movimento crescente. Existe forte ligação até em nível hierárquico entre a Polícia e o Ministério Público, cabendo a este último a fiscalização sobre os trabalhos policiais.⁴

2.1.2 Estados árabes

Dentre os Estados árabes Marrocos, Argélia, Tunísia, Líbano, Iraque e Síria seguem o modelo francês. O Egito também segue em geral o modelo de juizado de instrução nos delitos mais graves. Mas nas contravenções e crimes de menor gravidade há uma indesejável mescla entre os órgãos acusador e julgador (resquícios de Sistema Inquisitivo). Nesses casos o Ministério Público exerce funções de polícia judiciária, de acusador e até a própria atividade julgadora.⁵

2.1.3 Espanha

Na Espanha o processo divide-se em três fases: sumária, intermediária e Juízo oral. Todas as fases são conduzidas por órgãos jurisdicionais, mas o Ministério Público (“Ministério Fiscal”) se limita à função acusatória e jamais instrutória.⁶

“Por esse motivo, no sistema espanhol, a necessária condução dos trabalhos preparatórios para a propositura da ação penal fica a cargo da ‘polícia judicial’, mas com endereçamento certo, o ‘Ministério Fiscal’, que exercita a ação penal, e velará, por conseguinte, pelas realizações da fase investigatória.

Assim, no que tange ao início da fase investigativa, muita semelhança existe com o nosso modelo (...).”⁷

Na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Código de Processo Penal) estão as atribuições da Polícia Judiciária (arts. 282 e seguintes; 492 e seguintes e 786), constatando-se que à polícia compete as *diligencias de prevención* (art. 284), que se constituem em atos necessários à ulterior instrução criminal.⁸

2.1.4 Argentina

No *Código de Procedimientos en Materia Penal* (arts. 178 e seguintes), há previsão do chamado *Sumario* ou *Prevención del Sumario*, que objetiva “com-

(4) Ibidem, p. 38-39.

(5) Ibidem, p. 39.

(6) Jorge Fenech Miguel Carreras, apud Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 40.

(7) Ibidem, p. 40.

(8) Bismael Batista de Moraes. “Inquérito policial e falta de prevenção”, *Boletim IBCCrim* 88/5.

provar a existência de um fato punível penalmente, reunir suas circunstâncias e descobrir seus autores". Tal atividade inicial é de competência de um Juiz Instrutor, mas pode, de acordo com os arts. 184 e 185, haver a intervenção da polícia nas investigações.⁹

2.1.5 México

O sistema mexicano igualmente conhece o juizado de instrução. No entanto, prevê uma investigação prévia a cargo do Ministério Público, mas que na prática pode ser exercida pela Polícia Judiciária.¹⁰

É prevista a chamada *averiguación previa*, fase em que o Ministério Público exerce investigações de Polícia Judiciária, procedendo a um verdadeiro inquérito preparatório da futura ação penal.¹¹ Também no *Código de Procedimientos Penales para El Distrito Federal* (art. 94 e seguintes) prevê que "para comprovação do delito e de suas circunstâncias a Polícia Judiciária deverá elaborar 'um acta', registro de tudo que se relacione ao crime, antes da ação".¹²

2.2 Modelos acusatórios

2.2.1 Alemanha

Existe uma fase de investigação preliminar coordenada pelo Ministério Público. Trata-se do chamado "processo de investigação ou procedimento preparatório", também constituindo-se em um verdadeiro inquérito para basear a ação penal.¹³

2.2.2 Áustria e Bélgica

A investigação criminal pode ser conduzida pelo Ministério Público ou pela Autoridade de Segurança Pública. Entretanto, toda atividade investigatória instaurada deve ser comunicada ao Ministério Público que "tem poderes expressos de condução, requisição e valoração do acervo".¹⁴

(9) Ibidem, p. 5.

(10) Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 41-42.

(11) García Ramírez, apud Bismael Batista de Moraes. "Inquérito policial e falta de prevenção", *Boletim IBCCrim* 88/5.

(12) Ibidem, p. 5.

(13) Ibidem, p. 5.

(14) Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 44.

2.2.3 Itália

Antes da reforma levada a efeito em 1988 havia o Juizado de Instrução. Hoje é prevista uma etapa pré-processual denominada *indagini preliminari*, semelhante ao nosso inquérito policial. As investigações são conduzidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária em conjunto, sendo a atividade desta segunda coordenada pelo primeiro. É interessante notar “que a condução das investigações pelo Ministério Público não exclui a atividade investigativa desenvolvida pela Polícia Judiciária, esta atuando sob a coordenação do Ministério Público, mas podendo realizar atos tendentes a colher meios de prova para a formação do juízo de convicção pelo legitimado ativo, e desenvolvendo, ainda, atividades que lhe são típicas, v.g., a identificação criminal”.¹⁵

2.2.4 Portugal

Em reforma recente do Código de Processo Penal (Dec.-lei 78, de 17.02.1987) alterou-se a denominação que se dava em Portugal à fase investigatória preliminar à ação penal de “corpo de delito” ou “instrução preparatória” para “inquérito”. Tal investigação preparatória da ação penal é dirigida pelo Ministério Público, o qual é assistido pela chamada Polícia Criminal.¹⁶

2.3 Modelos de common law

2.3.1 Inglaterra

Não existe nesse país uma figura similar ao Ministério Público, ou seja, um órgão acusador estatal. A “persecução penal acaba por ser utilizada na prática pelos funcionários da polícia, sendo que mesmo esta, muitas vezes não apresenta configuração estatal, acabando por ser exercida pela sociedade civilmente organizada, ou individualmente pelo ofendido em seu bem jurídico penalmente tutelado”.¹⁷

2.3.2 Estados Unidos

Os trabalhos de investigação são realizados pela polícia em contato direto com o equivalente ao Ministério Público, não havendo intermediação judicial

(15) Ibidem, p. 46.

(16) Bismael Batista de Moraes. “Inquérito policial e falta de prevenção”, *Boletim IBCCrim* 88/5.

(17) Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 49-50.

nessa fase. Esta só ocorre quando se vai avaliar a existência de uma *probable cause* a ser levada a julgamento.¹⁸

2.4 Modelo brasileiro

No Brasil é adotado o sistema acusatório, com uma fase preliminar de investigação que constitui, em regra, o inquérito policial. Diz-se “em regra” porque por força legal o inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal (art. 4.º, par. ún., CPP), podendo ser substituído por outras peças informativas ou mesmo por procedimentos investigatórios atribuídos a outras autoridades administrativas que não as policiais. Além disso, com o advento da Lei 9.099/95 criou-se para as infrações penais de menor potencial ofensivo o chamado “Termo circunstanciado” que, em tese, substitui o inquérito policial.

Entretanto, frise-se que nunca é prescindível um mínimo de indícios e fundamentos para embasar a deflagração da ação penal. “Ultimamente tem se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa”.¹⁹ Na esmagadora maioria dos casos esse mínimo indiciário é obtido através do inquérito policial. Até mesmo em casos nos quais a própria lei tenta suprimir a investigação preliminar dos fatos como no caso da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/65), verifica-se que na prática os atos de investigação inicial tornam-se imprescindíveis sob pena de fracasso ou mesmo equívoco na ação penal. A própria Lei 9.099/95, mais previdente, adiantou-se em permitir o encaminhamento das peças ao “Juízo comum” quando a “complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação de denúncia” (art. 77, § 2.º, c/c o art. 66, par. ún.).²⁰

Mas afinal, em que consiste o inquérito policial, instrumento tão destacado na apuração das infrações penais, conforme já foi exposto?

Nas palavras de Salles Júnior:²¹

“Inquérito policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judi-

(18) Ibidem, p. 50.

(19) Julio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, p. 134.

(20) Bastante comum tem sido o retorno dos Termos Circunstanciados para as Delegacias de Polícia visando a instauração de inquérito policial para apuração pormenorizada dos fatos ali descritos com elaboração de oitivas, perícias, acareações e outras diligências elucidativas.

(21) Romeu de Almeida Salles Júnior. *Inquérito policial e ação penal*, p. 3.

ciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto."

Manoel Messias Barbosa²² aduz que "a doutrina ensina, quase de modo unânime, que o inquérito policial consiste em investigação do fato, na sua materialidade e da autoria, ultimada pela denominada polícia judiciária. Assim, se ostentando como um procedimento administrativo persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal".

É necessário neste ponto atentar para o fato de que o inquérito policial não deve ser conceituado somente sob o ponto de vista que destaca sua função de fornecer elementos ao titular da ação penal (Ministério Público). Na realidade, o inquérito policial serve não somente para embasar a futura ação penal, como também, em certos casos, para demonstrar exatamente o inverso, ou seja, a desnecessidade ou não cabimento de uma eventual ação penal. O inquérito é um instrumento imparcial, não vinculado à futura acusação, podendo em seu bojo trazer elementos de interesse da defesa do suposto autor da infração. Reduzi-lo a fornecedor de elementos ao titular da ação penal é manietar sua verdadeira função, muito mais ampla e relevante à consecução da Justiça.

Por isso, prefere-se a conceituação de Adilson José Vieira Pinto²³ que afirma que o inquérito policial "pode ser definido como sendo o procedimento administrativo de polícia judiciária que, por intermédio de investigação, visa a confirmação da existência ou não de uma determinada infração penal, suas circunstâncias e o estabelecimento da correspondente autoria".

No sistema brasileiro a instauração do inquérito é de atribuição da autoridade policial, podendo ainda ser objeto de requisição pela Autoridade Judiciária ou pelo Ministério Público. Já com relação à condução das investigações há atribuição específica da autoridade policial (Delegados de Polícia de Carreira), conforme art. 144, § 4.º, CF.²⁴ A atuação do Ministério Público na fase de investigação criminal é externa e intermediada pela Autoridade Judiciária, sendo que também podem haver requerimentos de diligências pelo ofendido, indiciado ou advogado diretamente à autoridade policial nos termos do art. 14, CPP.

3. O papel do inquérito policial no sistema acusatório brasileiro

A abordagem que se foi descortinando no desenvolvimento do tema é talvez das menos exploradas no mundo jurídico. Falar do inquérito policial com maior

(22) *Inquérito policial*..., p. 7.

(23) "O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988", *RBCCrim* 27/253.

(24) Os Delegados de Polícia são obrigatoriamente bacharéis em Direito, aprovados em concurso público de provas e títulos, o que diferencia a polícia brasileira das alienígenas, nas quais não há o requisito da formação jurídica para a carreira policial (postos de comando).

interesse por suas potencialidades ao invés de repisar continuamente a demonstração de suas mazelas é bastante raro. Agora, mais inusitada, é a pretensão de delinear o seu papel para a otimização do sistema acusatório de acordo com a tradição brasileira. Não obstante a missão solitária, trata-se de um questionamento absolutamente necessário quando somente se vislumbram posições tendentes a uma alteração do quadro processual no que tange à investigação criminal, visando o simples transplante artificial de modelos estrangeiros, deixando de lado a realidade brasileira.

Neste sentido, vale transcrever a conclusão de Bismael Batista de Moraes:²⁵

“(…), volta e meia, aparecem algumas vozes, sem a devida ponderação, destratando o inquérito policial, sem o devido conhecimento de tal peça diante da realidade jurídico-penal circundante, na pretensão de fazer crer que a demora na realização da justiça criminal no Brasil se deve a esse procedimento (‘não existente em outros países’ – repetem). Assim, até ensaiam ou propõem o seu desaparecimento e substituição por modelos alienígenas.

Deve-se ter em conta, porém, que cada povo tem sua origem, seus costumes, suas tradições, sua história. Muitas vezes, embora no mesmo Continente, as sociedades são profundamente diferenciadas: vejam-se a propósito, italianos e alemães; mexicanos e norte-americanos; brasileiros e peruanos, e tantos outros confrontos que poderiam ser analisados. Depois, como o Direito deve se amoldar às realidades do povo ao qual se aplica, sendo traço marcante de sua cultura, verifica-se que, embora natural a busca por novos procedimentos jurídicos, faz-se imprescindível conhecer bem o que se tem à mão, para evitar experiências ou transplantes com riscos de rejeição ou até desastres.”

No modelo brasileiro o inquérito policial tem grande importância na elucidação dos fatos, na eficácia da persecução penal e pode ter uma relevante função na consecução da garantia constitucional de um devido processo legal, especialmente no que se refere à “paridade de armas”²⁶ entre acusação e defesa.

Em seguida serão analisados alguns aspectos que demonstram a possibilidade de inserção do inquérito policial nesse contexto, bem como a desmistificação de propostas que pretendem atribuir à figura do inquérito policial a culpa por todas as falhas do sistema penal e processual penal brasileiro. Mais uma vez, é importante destacar a assertiva de Bismael Batista de Moraes, citando Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ao indagar: “quando se diz que o ‘inquérito policial’ só existe no Direito brasileiro, procurando elogiar procedimentos de outras terras, não será o Brasil, em matéria de investigação formal, que se acha à frente dos demais países?”.²⁷

(25) “O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?”, *RBCCrim* 28/256.

(26) Rogério Lauria Tucci. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*, p. 183-186.

(27) “Inquérito policial e falta de prevenção”, *Boletim IBCCrim* 88/5.

3.1 A importância do inquérito policial para aplicação da justiça criminal²⁸

Na realidade, o inquérito policial, além de ofertar indícios à propositura ou não da ação penal, produz verdadeiras provas onde o contraditório é “diferido” ou “posticipado” (ex. perícias, apreensões, reconhecimentos etc.).

Observando-se com alguma atenção o pequeno esboço de alguns modelos de investigação anteriormente expostos, constata-se sem nenhuma dificuldade ou dúvida que uma fase de investigação anterior à ação penal é imprescindível para o devido deslinde dos fatos.

Anote-se que é possível encontrar sistemas que não conhecem a figura do Ministério Público ou de um Acusador Público (v.g., Inglaterra), mas não se encontra a inexistência de uma polícia investigativa, fato este a demonstrar a real importância dessa atividade para a consecução da Justiça Criminal, não sendo exagero fazer coro àqueles que apregoam ser a polícia judiciária uma das “funções essenciais à justiça”.²⁹

As funções de Polícia Judiciária em outros países, longe de serem submetidas a uma situação de submissão a outros órgãos ou mesmo de desprestígio, exsurtem com grande imponência. Mesmo em países centrais, com estruturas desenvolvidas, verifica-se que embora em alguns casos a investigação seja dirigida pelo Ministério Público ou por um Juiz Instrutor, acaba ocorrendo, na prática, uma migração para a Polícia Judiciária³⁰ de atividades muito relevantes. Se em países centrais, com condições inclusive financeiras incrivelmente superiores ao Brasil, tal fato ocorre devido a iniludíveis necessidades práticas que não podem ser suprimidas por uma mera imposição legal, o que dizer da nossa realidade marginal? Esses países, especialmente de modelo acusatório, em que o Ministério Público efetivamente preside as investigações ou age concorrentemente com a Polícia Judiciária, são dotados de sociedades mais homogêneas e menos conflituosas que a nossa realidade, sendo incomparável o número de feitos a serem realizados. Ainda assim existe uma certa autonomia investigativa da Polícia Judiciária, a qual certamente é funcional.

As características do inquérito são importantíssimas para essa fase de apuração inicial, tanto que constata-se em nível internacional uma tendência à abolição dos Juizados de Instrução e à adoção de uma fase inicial de investigação criminal nos moldes do inquérito policial.³¹

(28) Tema do Simpósio Semestral da Polícia Civil – Secretaria da Segurança Pública de São Paulo com palestras proferidas pelo autor na Seccional de Polícia de Taubaté-SP (21.12.1999) e na Seccional de Polícia de Guaratinguetá-SP (28.12.1999).

(29) Bismael Batista de Moraes. “Polícia judiciária, função essencial à justiça”, *Boletim IBCCrim* 49/10.

(30) Observe-se principalmente o exemplo da França.

(31) Fauzi Hassan Choukr. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 52-54.

É interessante pôr em relevo que o caráter sigiloso e inquisitivo do inquérito policial (art. 20, CPP) impõe-se como garantia da eficácia da persecução penal, não infringindo, como superficialmente poder-se-ia afirmar, a igualdade processual entre acusação e defesa. Esta é a clara orientação de Scarance Fernandes³² ao afirmar:

“Por outro lado, na fase indiciária justifica-se alguma desigualdade em favor do Estado, a fim de realizar melhor colheita de indícios a respeito do fato criminoso. É o que diz Jimenez Asenjo, em trecho citado por Tourinho Filho: ‘É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para estabelecer, pois, a igualdade nas condições de luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo nobremente sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor’.”

Outro não é o parecer de Adilson José Vieira Pinto,³³ ao aduzir que a busca da verdade no inquérito policial “não pode estar obstaculizada, sendo uma rocha a contrapor a investigação, na forma vista no processo judicial, do contraditório e da ampla defesa na fase inicial da *persecutio criminis*. O *inquisitio* há de predominar nesse primeiro momento”.

Por fim cumpre ressaltar um argumento incontestável em favor do inquérito policial como instrução provisória. Certamente uma das suas principais funções dentro do Sistema Processual é a “garantia contra apressados e errôneos juízos formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelos crimes ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias

(32) Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal constitucional*, p. 51.

(33) “O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988”, *RBCCrim* 27/255. No mesmo sentido: Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, p. 58: “Há de ser resguardado, dessarte, o poder discricionário da autoridade que preside a investigação (cf. art. 14, CPP), com o que fica preservada a sua função inquisitiva.” Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 1, p. 185: “Uma vez instaurado o inquérito, a autoridade policial o conduz à sua *causa finalis* (que é o esclarecimento do fato e da respectiva autoria), sem que deva obedecer a uma seqüência previamente traçada em lei. Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir-se o contraditório, a imposição de sigilação e a não intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios. Nela não há acusação nem defesa. A autoridade policial, sozinha, é que procede à pesquisa dos dados necessários à propositura da ação penal. Por tudo isso, o inquérito é peça inquisitiva”.

objetivas e subjetivas”.³⁴ A fase de investigação pré-processual tem seu caráter de economia processual, evitando a mobilização do Judiciário desnecessariamente em situações que na realidade, após uma melhor verificação apura-se não haver conduta criminosa a ser perseguida, ou mesmo em casos nos quais, embora hajam fatos típicos, não se conseguem elementos suficientes a embasar uma acusação consistente. Além disso, significa poupar o indivíduo das agruras de um processo açodadamente instaurado sem um mínimo de elementos a justificarem a perseguição penal em juízo.

3.2 O inquérito policial como instrumento imparcial – A necessidade de conscientização das autoridades policiais

Erro muito freqüente e já anteriormente apontado neste trabalho é a atribuição ao inquérito policial da função de servir de fundamento à acusação ou mesmo somente à formação da convicção do titular da ação penal. O inquérito não pode e não deve ser reduzido apenas a esses objetivos. Ele é um instrumento de imparcialidade na apuração dos fatos, tendo em mira coletar o máximo de informações a respeito dos acontecimentos em investigação, seja no sentido de comprovar a infração e sua autoria, seja para constatar a não ocorrência de um delito ou a não autoria por parte de um indivíduo inicialmente suspeito.

Esta é a lição da doutrina ao asseverar que “no atinente ao seu objetivo, (...) a maioria esmagadora dos doutrinadores descuidam-se quando afirmam que o inquérito policial visa a preparação da ação penal. Nesse sentido também a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: ‘Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal (...)’ (n. IV da Exposição). Isso é colocar o procedimento e, por forçosa consequência, o Delegado de Polícia a serviço do pólo acusatório. A existência de elementos que evidenciam a inoccorrência do fato gerador de sua instauração – a infração – e também a improcedência da suspeita que preliminarmente recaía a determinado indivíduo (melhor, cidadão), impõem inexorável determinação, pela autoridade judiciária, de seu arquivamento, à evidência ressalvada a possibilidade de seu ressurgimento, conforme estatuído no art. 18 do CPP”.³⁵

No mesmo sentido, Espínola Filho³⁶ afirma que “mister se faz não desatender nunca a que o inquérito não é um instrumento de acusação; e, sim, uma investigação destinada ao descobrimento da verdade”.

É exatamente essa característica de imparcialidade que confere ao inquérito policial o potencial necessário a tornar-se, dentro do sistema acusatório, um ins-

(34) Francisco Campos, apud Bismael Batista de Moraes. “O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?” *RBCCrim* 28/257.

(35) Adilson José Vieira Pinto. “O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988”, *RBCCrim*, p. 253.

(36) Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, p. 265-266.

trumento útil para otimização de uma importante divisão bem definida das funções dos atores no processo penal, evitando a promiscuidade e a contaminação que leva à parcialidade.

Embora opere-se em uma fase pré-processual, o inquérito pode servir como uma barreira a esse tipo de contaminação, possibilitando ao futuro acusador uma visão serena do contexto apurado, bem como ao julgador que deve ser mantido, ao máximo, distante das operações investigatórias a necessária imparcialidade no julgamento.

Mas, para que isso efetivamente ocorra é necessário que sejam tomadas precauções visando o distanciamento do órgão de acusação da direção das investigações e não a colocação destas sob seu comando. Como visto, no modelo espanhol a atividade instrutória em qualquer fase é vedada ao Ministério Público. Quando se pretende atribuir diretamente ao Ministério Público a presidência de toda a atividade investigatória, apregoando uma suposta maior eficácia da persecução penal, existe uma inadmissível visão unilateral da investigação criminal, levando a um desequilíbrio da "paridade de armas" entre acusação e defesa.

Afirmar que o Ministério Público pode ser imparcial na investigação leva à mesma constatação de Carnelutti acerca do dilema do Juiz:

"A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode resolver-se senão na parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade. O problema do direito e o problema do juiz é uma coisa só. Como pode fazer o juiz ser melhor do que é?"³⁷

Como poderia o Ministério Público agir em prol do investigado, tendo em mente que adiante teria uma batalha judicial a travar? Esse questionamento não é de modo algum ofensivo, mas simplesmente revelador da humanidade insofismável ainda que daqueles aos quais são atribuídas relevantes funções na sociedade.

Certamente a autoridade policial pode também ser contaminada de parcialidade, mas ao menos tem melhores condições de controlar-se, pois que não teria essa perspectiva de um futuro embate em juízo. Enfrentaria a autoridade policial os mesmos limites humanos do Juiz, mas pelo menos sua atividade, ainda que numa ficção jurídica, seria imparcial à semelhança daquele, ao passo que, necessariamente, acusador e defensor são sujeitos parciais.³⁸

A investigação visa apurar a verdade e não simplesmente obter indícios e provas para a acusação. A presidência da investigação deve ser neutra. Seria possível falar em igualdade processual se o acusador se confunde com o investigador e o eventual defensor deve requerer a ele as diligências de seu interesse na fase investigatória?

(37) Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*, p. 34.

(38) Sobre a necessária parcialidade de acusação e defesa como elemento de equilíbrio da relação processual, ver Piero Calamandrei. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, *passim*.

Conceder ao Estado diante da infração uma fase inicial inquisitiva e discricionária levada a cabo por um órgão neutro e inclusive externo ao futuro processo criminal é contrabalançar uma situação de provisória desigualdade. Equidade em confronto com igualdade aritmética.³⁹ Já conceder amplos poderes à acusação que passa a dominar todos os meios de investigação e inclusive a deferir ou não a realização de diligências a seu critério, equivale a um desequilíbrio indesejável de forças.

Bastante diferente e totalmente inofensiva ao exercício da defesa é a atuação do Ministério Público ao decidir pelo arquivamento ou oferecimento de denúncia. Trata-se neste caso de atribuição privativa que não afeta em nenhum momento a atividade do outro pólo processual.

A atribuição da direção das investigações a uma autoridade policial neutra no que tange ao futuro processo penal é salutar. Essa neutralidade torna humanamente possível uma atuação imparcial na fase de investigação, carreando-se o máximo de informações aos autos, sejam tais informações em qualquer sentido.

No entanto, essa relevante imparcialidade nas investigações somente pode ser levada à prática com uma efetiva conscientização das autoridades policiais (Delegados de Polícia de Carreira – art. 144, § 4.º, CF). Conscientização da verdadeira amplitude de suas funções, libertação de uma visão unilateral e limitada da investigação criminal, imposta em parte pela deficiência na formação nos bancos acadêmicos, devido ao descaso com o estudo do inquérito policial a permitir que conclusões equivocadas sobre o tema se banalizem e perpetuem, formando mentalidades e práticas profissionais.⁴⁰

Neste contexto, destaca-se a figura do Delegado de Polícia como bacharel em Direito, constituindo-se em uma vantagem qualitativa da polícia brasileira em relação às alienígenas. O Delegado de Polícia com formação jurídica, além de possibilitar uma competente investigação no aspecto jurídico, pode funcionar como uma autoridade capaz de possibilitar uma “paridade de armas” entre acusação e defesa, pois que não será necessária a intervenção do órgão estatal acusador nessa fase, ao contrário de outros sistemas de direito comparado.

Certamente é infeliz a assertiva de Carlos Magno Nazareth Cerqueira:⁴¹

“A carreira policial assentada na carreira jurídica precisa ser questionada: policial de investigação criminal não precisa ser advogado e muito menos pertencer à carreira jurídica. (...). Isso tem feito com que o policial civil não se identifique com a profissão policial e sim com a carreira jurídica.”

Dizer que a atividade policial prescinde dos conhecimentos jurídicos, especialmente em sua presidência, e que a profissão policial não se coaduna com a das

(39) Lembrar a respeito a lição de Antonio Scarance Fernandes *supra* mencionada.

(40) Bismael Batista de Moraes. “O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?” *RBCCrim* 28/257-258.

(41) “Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública”, *RBCCrim* 22/176.

carreiras jurídicas é certamente um posicionamento autoritário. Ora, se a atividade policial não condiz com os conhecimentos jurídicos, ela deve realizar-se à margem destes? A vocação policial não é jurídica: como isso é possível no Estado de Direito? Qual é então essa vocação policial que pode ser prejudicada com os conhecimentos jurídicos? Investigar sem base jurídica é investigar com base em quê? Será que essa vocação policial tão prejudicada pelo Direito não seria uma abjeta vocação para a violência, truculência, arbitrariedade e ignorância?

Por derradeiro vale acrescentar que além da formação jurídica e da consciência da real finalidade da atividade investigatória, é necessário que as autoridades policiais tenham efetivas condições de independência (principalmente política) para o exercício amplo de suas relevantes funções.

É de Frederico Marques a seguinte advertência:

“De tudo se conclui que a polícia judiciária precisa ser aparelhada para tão alta missão, tanto mais que o Código de Processo Penal a prevê expressamente no art. 6.º, item IX. Para tanto seria necessário uma reforma de base, tal como preconizaram Sebastián Soler e Vélez Mariconde na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de Córdoba, em que se estruturasse a polícia judiciária em quadros próprios, separando-a da polícia de segurança e da polícia política. Reorganizada em bases científicas e cercada de garantias que a afastem das influências e injunções de ordem partidária, a polícia judiciária, que é das peças mais importantes e fundamentais da justiça penal, estará apta para tão alta e difícil tarefa.”⁴²

O mínimo que se pode esperar como garantia para o exercício da atividade de presidência dos atos de polícia judiciária é a inamovibilidade já conferida à Magistratura e ao Ministério Público (arts. 95, II e 128, § 5.º, I, b, CF).

Finalmente é preciso reconhecer que uma investigação criminal democrática e eficaz requer investimento financeiro. Profissionais bem remunerados, motivados, competentes e com recursos materiais. E especialmente uma Polícia Científica muito bem aparelhada com as técnicas mais avançadas. Isso é o que, na realidade, pode ensejar uma nova atuação policial. Não obstante, não se espere de uma melhor polícia, de um melhor judiciário, uma sociedade menos violenta, pois que isso é resultado de um conjunto de fatores, onde o combate ao crime é apenas uma pequena parcela.⁴³ Espere-se do progresso policial e judiciário uma redução da impunidade e das eventuais injustiças causadas pela precariedade do sistema atual.

(42) José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, vol. 1, p. 158.

(43) Neste sentido: Bernardo Romero Vázquez. “Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero”, *RBCCrim* 29/94: “No es verdad, como se quiere hacer creer, que el crimen sea la causa de la inseguridad y la policía el antídoto contra el crimen y la solución a la inseguridad. Si bien es cierto que los cuerpos policíacos pueden intervenir oportunamente para evitar la comisión de alguna falta, en general no son, ni pueden ser, eficientes para reducir los índices de criminalidad”.

4. Conclusões

a) O estudo do inquérito policial merece maior atenção acadêmica em face de sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da investigação criminal vestibular em qualquer modelo comparado.

b) A falta de conhecimento das potencialidades do inquérito policial leva a um superficial e leviano ataque a esse instrumento, advogando-se por alterações impraticáveis na nossa realidade.

c) O inquérito policial costuma ser descrito erroneamente como instrumento a serviço da acusação, quando, na verdade, deve ser neutro, visando à apuração da verdade que interessa tanto à acusação quanto à defesa.

d) O inquérito policial, enquanto procedimento marcado pela imparcialidade ou neutralidade, dirigido por uma autoridade estranha ao futuro processo penal, pode servir de elemento à otimização de um sistema acusatório ideal, com clara e rígida separação das funções de investigação, acusação, defesa e julgamento.

e) A concentração de poderes no Ministério Público na fase de investigação, tal qual sistemas estrangeiros, levaria a um desequilíbrio desastroso da futura relação processual.

f) A eficácia do inquérito policial é constatável pela sua massiva utilização, mesmo em casos nos quais, em tese, ele é dispensado (Lei 9.099/95 e Lei 4.898/65). O inquérito não é utilizado dessa maneira abundante por força de lei (aliás, para a lei, ele não é obrigatório), mas sim pela premência da realidade que demonstra sua imprescindibilidade.

g) As autoridades policiais responsáveis pela presidência dos feitos de Polícia Judiciária têm de conscientizar-se de sua real e importante função no Sistema Processual, libertando-se de conceitos equivocados que apenas vêm a manietar as potencialidades do inquérito policial.

h) O exercício das funções de direção da Polícia Judiciária, além da formação jurídica, carece de garantias às autoridades policiais (Delegados de Polícia de Carreira) nos moldes daquelas já previstas constitucionalmente à Magistratura e ao Ministério Público.

i) Um dos fatores de maior importância para uma melhora na atuação policial, inclusive reduzindo a violência, é o investimento na área de Polícia Científica, fazendo a real migração de uma investigação calcada no suspeito para um outro modelo baseado na apuração de fatos e coleta de provas independentes de confissões, colaborações de terceiros ou delações.

Bibliografia

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial*. São Paulo : Leud, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. 4. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas : Conan, 1995.
- CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. "Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública". São Paulo, *RBCCrim* 22/139-181, abr.-jun. 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo : RT, 1995.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. São Paulo : Freitas Bastos, 1942. vol. I.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo : RT, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. vol. 1.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo : Atlas, 1991.
- MORAES, Bismael Batista de. "Inquérito policial e falta de prevenção". São Paulo, *Boletim IBCCrim* 88/5, mar. 2000.
- . "O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro?" São Paulo, *RBCCrim* 26/255-264, out.-dez. 1999.
- . "Polícia judiciária, função essencial à justiça". São Paulo, *Boletim IBCCrim* 49/10, dez. 1996.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo : RT, 1994.
- PINTO, Adilson José Vieira. "O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988". São Paulo, *RBCCrim* 27/251-264, jul.-set. 1999.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1989. vol. 1.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- VÁZQUEZ, Bernardo Romero. "Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero". São Paulo, *RBCCrim* 29/85-105, jan.-mar. 2000.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

INQUÉRITO POLICIAL.

Segredo de justiça. Determinação de quebra de sigilo bancário.
Inadmissibilidade de impedir os advogados de exercerem direitos
fundamentais para a efetiva defesa

ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER

MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES

MARCIO GASPAR BARANDIER

LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ

Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

Antonio Carlos da Gama Barandier, Marco Antonio Fonseca Guimarães, Marcio Gaspar Barandier e Leonardo Gonçalves Albernaz, brasileiros, casados os três primeiros e solteiro o último, advogados, inscritos na OAB/RJ sob os números 14.630, 56.942, 75.397 e 97.418, respectivamente, todos com escritório à Rua do Ouvidor, n. 121, 5.^o andar, nesta capital, vêm, com lastro na Constituição Federal e na legislação processual pertinente, impetrar

Mandado de Segurança, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o Juízo da 6.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, para o qual foram distribuídos os autos do Inquérito Policial n. 137/2000, instaurado pelo Departamento de Polícia Federal no Estado do Espírito Santo, tombados em Juízo sob n. 2000.50.01.001633-4, pelos motivos e fundamentos a seguir deduzidos.

Da distribuição por dependência

Impõe-se a distribuição por dependência à Colenda Terceira Turma desta Egrégia Corte em virtude da impetração anterior por Luiz Izidoro Soares Pinto e Luciano Alvernaz Rodrigues, indiciados no mesmo procedimento policial, do MS 2000.0201048688-0, do qual é relatora a eminente Desembargadora Federal Maria Helena Cisne Cid.

Dos fatos

No dia 4 de março p.p., o Departamento de Polícia Federal no Estado do Espírito Santo lavrou o Auto de Prisão em Flagrante 137/2000, autuados os con-

duzidos pela suposta prática da infração prevista no art. 334 c/c o art. 29, ambos do Código Penal (doc. f.).

Naquela oportunidade, a empresa Linave Ltda. sofreu medida de busca e apreensão na sua sede (doc. f.), além da apreensão da embarcação SM Apollo, a ela afretada pela Navegação São Miguel Ltda. (doc. f.), empresa sediada no Rio de Janeiro e constituída pelos mesmos sócios.

Após a concessão de fiança aos indiciados, entre eles dois funcionários da Navegação São Miguel Ltda., deu-se continuidade à apuração policial, embora até o momento nenhum sócio ou representante legal da Linave Ltda. tenha sido intimado para prestar qualquer esclarecimento.

Ocorre que os impetrantes, constituídos pela Linave Ltda. (doc. f.) para patrocinar seus interesses nos autos do referido inquérito policial, tomaram conhecimento, por meio do sistema informatizado de acompanhamento processual da Justiça Federal, da decretação da “quebra de sigilo das operações financeiras realizadas pelas pessoas físicas e jurídicas arroladas a f.” (doc. f.).

Instruído com o regular instrumento de mandato outorgado pela Linave Ltda., encaminharam pedido de vista dos autos, com autorização para o fornecimento de cópias, ao Juízo ora apontado como autoridade coatora (doc. f.), franqueado, porém, tão-somente o exame dos autos principais, sem os apensos.

Diante de tal constatação, os impetrantes formularam novo requerimento (doc. f.), desta vez objetivando os autos em apartado, consistentes nas peças referentes à quebra do sigilo bancário, entre elas, inclusive, o próprio despacho que autorizou a excepcional medida. O MM. Dr. Juiz Titular daquela 6.^a Vara Federal, entretanto, indeferiu o pleito. Em interpretação, *data venia*, evidentemente equivocada da Lei 8.906/94, arremessando-se contra a Constituição Federal, entendeu que o sigilo ou segredo de justiça estende-se até mesmo ao advogado constituído, situando:

“Ocorre que o já mencionado inc. XIII do art. 7.^o da Lei 8.906/94 ressalva expressamente que não é direito do advogado examinar autos sujeitos *a sigilo*.

O § 1.^o do mesmo dispositivo legal também ressalva que não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI do referido art. 7.^o aos processos sob o regime de *segredo de justiça*” (doc. f.).

Cumprir registrar que, por fundamento diverso, mas não menos inusitado, a douta Juíza em exercício no mês anterior, indeferiu pedido de vista de qualquer peça dos mencionados autos ao patrono dos indiciados Luiz Izidoro Soares Pinto e Luciano Alvernaz Rodrigues, sob o fundamento de que ambos não figuravam entre “as pessoas investigadas arroladas às f.”, embora reconhecendo ser inadmissível que o sigilo “*perdure com relação ao investigado, sob pena de violação ao princípio da amplitude de defesa*” (doc. f., grifo nosso).

Tal despacho resultou reconsiderado pelo Juiz Titular, que estabeleceu a situação contra a qual se insurgem, agora, os impetrantes: determinou a formação de autos em apartado, apensados aos do inquérito, com as peças referentes às informações bancárias, que correm em segredo de justiça (doc. f.), ou seja, permi-

tiu a vista aos advogados apenas dos autos principais, valendo frisar que a própria decisão que autorizou a providência extraordinária encontra-se inacessível aos profissionais do direito regularmente constituídos, vedada, dessa forma, até mesmo a análise pertinente à sua legalidade, inclusive quanto à existência da efetiva fundamentação exigida pela Lei Maior.

Do exame comparativo dos dois despachos, pode-se concluir que a Linave Ltda e, provavelmente, seus sócios, também clientes dos impetrantes (doc. f.), figuram entre as "pessoas físicas e jurídicas" alcançadas pela quebra do sigilo de operações financeiras.

Ressalte-se, ainda, a existência também nos autos de referência a degravações de monitoração de terminais telefônicos que foram autuadas em apartado e mereceram o mesmo tratamento (doc. f.).

Em suma, os impetrantes estão impedidos pelo Juízo da 6.^a Vara Federal do Espírito Santo de ter acesso a peças integrantes da investigação, referentes às quebras de sigilo bancário e telefônico, entre elas, inclusive, as próprias decisões autorizadoras, o que atinge não só as suas prerrogativas, mas as próprias garantias fundamentais de seus constituintes. Na realidade, repita-se, sequer podem examinar os fundamentos, conteúdo e legalidade de tais decisões.

Do direito

O *status* constitucional a que se eleva a indispensabilidade do advogado à Administração da Justiça, enfatizado *munus publicum*, particularmente grave e honroso, objetivo das constantes preocupações do notável e sempre lembrado Nehemias Gueiros, por vezes inúmeras é menosprezado entre nós, apesar das reiteradas advertências dos Tribunais. É estarrecedor que, em pleno Estado Democrático de Direito, os profissionais da advocacia se deparem com obstáculos enfrentados nos tempos do autoritarismo, impondo-se a reação com o mesmo destemor e desprendimento que, nos anos trevosos, se opunham às arremetidas ameaçadoras contra a liberdade e independência exigidas pelo ofício.

Recentemente, diante dos abusos do Congresso, nas denominadas CPIs, vários foram os pronunciamentos do E. STF, dos quais nos permitimos destacar para transcrição o da lavra do eminente Min. Celso de Mello, em pedido de reconsideração de liminar em mandado de segurança. Cogita-se daquelas decisões que consagram a Magistratura no Estado Democrático de Direito. Na ementa, já consigna a douta e judiciosa decisão:

"O ordenamento positivo brasileiro garante ao cidadão, qualquer que seja a instância de Poder que o tenha convocado, o direito de fazer-se assistir, tecnicamente, por advogado, a quem incumbe, com apoio no Estatuto da Advocacia, comparecer às reuniões da CPI, nelas podendo, dentre outras prerrogativas de ordem profissional, comunicar-se, pessoal e diretamente, com o seu cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio (direito este fundado no privilégio constitucional contra a auto-incriminação), sendo-lhe lícito, ainda,

reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente quando o comportamento arbitrário do órgão de investigação parlamentar lesar as garantias básicas daquele – indiciado ou testemunha – que constituiu esse profissional do Direito.”

Em outro ponto da decisão, abordando os procedimentos unilaterais, a exemplo dos inquéritos policiais, proclama:

“Cabe advertir, no entanto, como já proclamou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a égide da vigente Constituição, a propósito do inquérito policial (que também é conduzido de maneira unilateral, sem observância da garantia do contraditório, tal como ocorre com a investigação parlamentar), que a unilateralidade desse procedimento investigatório não confere ao Estado o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias – como a prerrogativa contra a auto-incriminação – que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais:

Inquérito policial – Unilateralidade – a situação jurídica do indiciado.

– O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial.” (RTJ 168/896, rel. Min. Celso de Mello.)

A reforma da legislação processual se refere à efetiva defesa, na esteira dos países desenvolvidos juridicamente. Doutrina o Prof. Jorge Eduardo Vázquez Rossi, após assinalar que o direito do suspeito à assistência de representação por profissional habilitado “sería ilusorio y meramente retórico si no se posibilitase paralelamente la inmediata actuación del defensor”, que: “El abogado interviene desde el primer momento de la investigación”. (*La defensa penal*, 3. ed., Santa Fé-Argentina: Rubinzal-Culzoni, p. 159.)

Sem ambages, a lei, a doutrina e a jurisprudência têm consagrado o direito do advogado de examinar os autos, tê-los fora do cartório e obter cópias. Uma única limitação: nos casos sob sigilo, aos que não comprovarem o mandato outorgado pelo constituinte. Àqueles que exibem procuração, não se podem opor obstáculos ao exercício do *munus* público, cuja relevância foi realçada pelo eminente Min. Celso de Mello. Bem observa Luis Guilherme Vieira: “Por outro lado, nunca será demasiado frisar que nenhuma outra categoria está submetida a dever de sigilo profissional mais severo do que o advogado. Ele sequer pode depor em juízo sobre fato de que tenha conhecimento em razão do exercício de

sua profissão, mesmo liberado pelo constituinte, pois assim está formulada a vedação legal”.

Super o tema, esse Egrégio Tribunal Regional Federal, quando do julgamento do HC 98.02.02166-0/RJ, relatora a Douta Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima da Silva, decidiu conceder a ordem, estando a ementa concebida nos termos seguintes:

“Direito processual penal – *Habeas corpus* – Inquérito policial – Quebra do sigilo bancário – Ampla defesa – Competência.

– Mesmo havendo previsão legal de recurso, em caso de sentença denegatória de *habeas corpus*, se o indivíduo vislumbrar nesta decisão denegatória algum ato de coação ou constrangimento ilegal, na sua liberdade de ir e vir, e desdobramentos, poderá, sempre, usar do remédio constitucional, colocado a sua disposição, ou seja, o *habeas corpus*, que devido a sua maior celeridade, poderá com maior eficiência, preventivamente, ou na modalidade repressiva, evitar possíveis lesões a direitos fundamentais do indivíduo. O art. 647 do CPP, referente ao *habeas corpus*, traz a expressão ‘sempre que’. Pelo conhecimento da ordem.

– *O segredo de justiça, decretado no inquérito policial em referência, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o direito de estruturar a sua defesa.*

– *Concede-se ao paciente a vista útil das peças do procedimento administrativo instaurado, com a possibilidade de extrair cópias autenticadas, nos termos do voto da Relatora.*

– A ilustrada maioria, vencida a relatora, decidiu também pela remessa dos autos do inquérito à Polícia Federal de Brasília, uma vez que este foi instaurado para investigar o uso de recursos concedidos à Polícia Federal em Brasília, a fim de prevenir e reprimir crimes previdenciários, e que foram provenientes de convênio celebrado entre o Departamento de Polícia Federal e o INSS, com a intervenção dos Ministros da Justiça, do Trabalho e da Previdência Social.

– Pela concessão da ordem.” (Grifamos.)

Aí está: a lapidar decisão situa o deslinde do tema, ou seja, “o segredo de justiça, decretado no inquérito policial em referência, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o direito de estruturar a sua defesa”.

O judicioso voto, em tema de sigilo bancário e sobre a norma do art. 20 do CPP, propicia valiosos ensinamentos que os impetrantes se permitem transcrever:

“O segredo de justiça, decretado no presente IPC, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o seu direito de defesa.

Acrescente-se que, nos termos do art. 20 do CPP, a autoridade competente assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo

interesse da sociedade, mas como expõe José Carlos de Lucca, o sigilo no inquérito policial tem ação benéfica ao Estado e ao cidadão (cf. RT 699/429-430, “O necessário sigilo no inquérito policial”).

Júlio Fabbrini Mirabete é ainda mais claro ao escrever, citando jurisprudência encontrada na RT 498/337, que:

‘O advogado só pode ter acesso ao inquérito policial quando possua *legitimatio ad procedimentum* e, decretado sigilo em segredo de Justiça, não está autorizada a sua presença a atos procedimentais diante do princípio da inquisitorialidade que norteia nosso Código de Processo Penal quanto à investigação. Pode, porém, manusear e consultar os autos findos ou em andamento (art. 7.º, XIII e XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).’ (*Processo penal*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1996, p. 80.)

Portanto, o dispositivo inserto no art. 20 do CPP deve ser interpretado de acordo com o princípio constitucional da ampla defesa, pela aplicação do ‘princípio da interpretação conforme a Constituição’, um daqueles que regem a hermenêutica das normas constitucionais, na sistemática estudada pelo Professor Titular Luís Roberto Barroso, no seu *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996”.

O último número da *Revista dos Tribunais* publica magnífico acórdão da 7.ª Câ. Crim. do Colendo TJSP, no qual foi relator o Exmo. Des. Rocha de Souza, com a seguinte ementa:

“Inquérito policial – Atos investigatórios correndo em sigilo – Advogado Causídico impedido de participar e de tirar cópias do procedimento – Inadmissibilidade – Concessão de ordem de mandado de segurança para garantir o acesso aos autos de expediente provisório instaurado em vara de Júri, tantas vezes quanto necessário – Interpretação do art. 7.º, XIII, XIV, e § 1.º, I, da Lei 8.906/94.” (RT 776/588.)

Na mesma decisão, o acórdão se fundamenta em julgado do mesmo Tribunal no sentido de que:

“Como já decidido por este mesmo Tribunal (RSE 184.211-3 – Rio Claro – 2.ª Câ. Criminal – rel. Prado de Toledo – 19.06.1995 – v.u.), não há razão legal para impedir a participação do advogado constituído nos atos investigatórios, nem para recusar a entrega de cópias dos procedimentos, mesmo em se tratando de inquérito policial que corre em sigilo. *O sigilo pode caber à imprensa e aos demais cidadãos, nunca ao advogado constituído.*” (Grifamos.)

Junta-se, ainda, ao ensejo, recente e relevante decisão da excelente Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho (doc. f.), que enriquece a Magistratura Federal.

Por fim, digno de nota é o artigo da ilustre Procuradora da República e mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela USP Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, do qual se transcreve:

“A Constituição da República Federativa do Brasil é clara: *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o*

contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV). E ainda: *O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado* (art. 5.º, LXIII). Vê-se que até mesmo procedimentos administrativos comportam defesa – supondo-se que o inquérito seja, no mínimo, um deles – e que a assistência prestada ao preso no inquérito pelo advogado só pode ser a profissional, já que outra espécie de amparo lhe será prestada pela família. O exame do procedimento ou processo, o conhecimento do que ali está, é meio fundamental para a defesa, sem o qual ela sequer tem início.

A instrução criminal comporta exercício do direito de defesa em todas as suas fases. O advogado pode consultar e examinar todos os procedimentos, inclusive aqueles que versarem sobre prisão temporária e interceptação telefônica. Não se irá transcrever doutrina alguma para fundamentar esta assertiva, porque a fundamentação está na Constituição e no Estatuto do Advogado, promulgado mais de cinquenta anos após o Código de Processo Penal. Não há exceções.

A única conciliação possível entre o art. 20 do CPP (que permite sigilo no inquérito) e o Estatuto do Advogado é a seguinte: o decreto de segredo no inquérito policial ou em qualquer outro procedimento não alcançará, jamais, o advogado.

A regra básica e muito antiga de que não há pena sem anterior processo não admite procedimentos secretos, inatingíveis para o advogado. Procedimentos ou processos – não importa o nome, pois a persecução penal é uma só – registram fatos. O registro da investigação criminal tem importância porque junto poderá vir a documentar a acusação e fundamentar o recebimento da denúncia. O segredo da investigação implica a inexistência de procedimento e de registro e, portanto, a ilicitude da procura do crime e da autoria. O que deveria ser oficial torna-se oficioso e, portanto, para nada serve. Embora o sigilo do inquérito possa ser adequado para a descoberta do crime, e neste sentido uma tentação para aquele que o preside, a Constituição prevalece sobre a conveniência circunstancial da medida extrema.” (“Publicidade na investigação criminal”, *Boletim do IBCCrim* 84, nov. 1999, p. 13.)

Diga-se, para ilustrar, que no autoritarismo, as decisões reiteradas do Colendo Superior Tribunal Militar, que se recusou a cumprir o papel dos Tribunais de exceção, convenceram até os “carcereiros do terror estatal” que é direito do advogado comunicar-se com o preso, mesmo incomunicável, reservadamente, em estabelecimento prisional civil ou militar, consoante ao Estatuto vigente àquela época.

No caso concreto, a ilegalidade consiste em impedir os advogados de exercerem direitos fundamentais para a efetiva defesa, sobretudo quando negado acesso até mesmo às próprias decisões que determinaram a violação de garantias individuais das mais relevantes, admitida em hipóteses excepcionais desde que devidamente fundamentada e respaldada pela lei.

Da liminar

A simples violação das prerrogativas dos impetrantes, proclamadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em detrimento da afronta ao axioma fundamental da amplitude de defesa, demonstra o *fumus boni juris*, cogitando-se de direito líquido e certo documentalmente comprovado, sem necessidade de maiores delongas e instrução dilatória.

Também presente o *periculum in mora*, eis que a decisão impugnada, que negou aos impetrantes o acesso às peças em apenso dos autos principais do inquérito policial, impedindo-os até mesmo de aferirem a legalidade da decisão que autorizou medidas excepcionais, poderá acarretar, sobre violar direitos fundamentais, danos irreparáveis aos constituintes dos advogados e aos próprios advogados no exercício do seu *munus*.

Do pedido

À luz do exposto, concedida a liminar para que, de imediato, se suspenda o ato impugnado até o julgamento do mérito, restabelecidas as prerrogativas profissionais dos impetrantes e a observância de mandamentos constitucionais, aguarda-se que, no final, seja dado provimento à segurança, a fim de cassar, tornando sem efeito, a decisão impugnada, restaurando o império do Direito e distribuindo a mais lúdima Justiça.

Dá-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 1.064,00 (hum mil e sessenta e quatro reais).

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2000 – ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER, MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES, MARCIO GASPAR BARANDIER, LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

O IMPOSSÍVEL “PANÓPTICO TROPICAL-ESCRAVISTA”: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX

ANDREI KOERNER

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Práticas prisionais e sociedade escravista
– 3. Práticas prisionais e poder político – 4. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo toma como ponto de partida as características das práticas prisionais no Brasil do século XIX para sustentar a fecundidade de uma perspectiva de análise que combine temas e argumentos do trabalho de Michel Foucault com os estudos que trataram a formação de nossa sociedade de uma perspectiva histórico-estrutural.

Palavras-chave: Prisões – Brasil-Império – Foucault – Escravidão.

1. Introdução

Este ensaio parte do Relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, publicado em 1874, para analisar as relações entre as práticas prisionais e a estrutura da sociedade escravista brasileira do século XIX. A nossa abordagem situa o problema nas relações entre o campo institucional e a estrutura socioeconômica. As características da forma de organização e das práticas prisionais são consideradas como aspectos de um dispositivo em que se aplicam determinadas estratégias de poder, as quais constituem os seus objetos, classificam-nos, atuam sobre eles e produzem resultados ao mesmo tempo locais e globais de dominação nas quais podemos ver a atualização de determinadas relações e estruturas sociais. O nosso objetivo é afastar argumentos que têm considerado a violência e arbítrio das práticas prisionais como a consequência direta da desigualdade socioeconômica, do “atraso” ou “subdesenvolvimento econômico” do país; seja como o resultado de fatores individuais, como a “falta de vontade política” dos governantes, a “impunidade” ou desvios de conduta de funcionários subalternos. Procuramos também mostrar o potencial analítico de uma articulação de temas tratados por Michel Foucault (1973 e 1975) com os estudos históricos e sociológicos sobre a formação da sociedade brasileira, especialmente os de corte estrutural, que adotaram, de várias maneiras, a abordagem marxista.

Analisamos inicialmente as práticas prisionais na sociedade escravista e em seguida, ampliamos as nossas considerações sobre as relações entre essa forma de punição e o esquema de poder da monarquia brasileira.

2. Práticas prisionais e sociedade escravista¹

A economia dos castigos da sociedade escravista implicava a distribuição do exercício da violência entre a autoridade pública e os particulares, e não o monopólio estatal da violência legítima, característica dos Estados modernos. Segundo a imagem de um autor, com a atribuição aos senhores da punição dos escravos, inexistiam regras gerais para os delitos e os castigos. Cada senhor definia o seu próprio conjunto de delitos, graduava a sua gravidade, determinava os critérios da culpabilidade, adotava o seu processo penal particular, com procedimentos, sistema de provas e de penas.

Do ponto de vista das práticas punitivas estatais, nas cidades escravistas havia a colaboração entre autoridades públicas e senhores de escravos para punir, deter, controlar a circulação e as atividades dos escravos nas ruas.

A prisão era a forma de punição predominante no Código Criminal de 1830. O Código baseava-se no modelo penitenciário, buscando a regeneração dos indivíduos pelo silêncio, pela solidão, pela reeducação moral, através do trabalho e treinamento profissional. Esse modelo supunha a construção de várias penitenciárias adequadas ao novo sistema de penas. No entanto, além de problemas orçamentários, esse sistema enfrentava aqueles derivados da própria estrutura social. Como aplicar o princípio da regeneração dos criminosos aos escravos? Como pretender a regeneração dos indivíduos pelo trabalho numa sociedade que degradava o próprio trabalho? Como levar em conta as diferenças de “condição” dos indivíduos na aplicação da pena? (Aufderheide: 306-10).

A Casa de Correção da Corte começou a ser construída em 1833, mas só foi inaugurada em 1850. A de São Paulo foi inaugurada em 1852, mas o projeto datava de 1825. Havia também propostas para Salvador, Pernambuco, Goiás e Maranhão, que não foram levadas adiante. O projeto da Casa de Correção da Corte baseava-se no modelo do panóptico, com uma torre central e longos corredores, com celas individuais nas quais os prisioneiros deveriam manter completo silêncio. Também no trabalho, mesmo que coletivo, o silêncio tinha de ser total (idem, ibidem : 311-3). O objetivo declarado da construção Casa de Correção da Corte era experimentar o sistema de isolamento, tendo em vista a sua possível adoção em todo o Império.

Segundo o Relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, publicado em 1874, as condições dessa prisão eram comuns às demais prisões do Império. Seu estado geral era péssimo: eram pouco seguras, o que facilitava as evasões; não tinham capacidade para abrigar os detidos e para atender às exigências da Constituição; quanto às instalações, a higie-

⁽¹⁾ A primeira parte desta seção reproduz com modificações trecho de nosso livro: *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*, Ed. do IBCCrim, 1999, p. 43-46.

ne e a alimentação eram precárias, facilitando a proliferação de doenças e as mortes.²

As características das prisões do Império são mais do que deformações de um modelo, em virtude de ter sido mal feita a cópia de instituições européias. A análise da confusão e precariedade aparentes da Casa de Correção da Corte, a penitenciária panóptica brasileira, permite identificar as relações existentes entre as práticas punitivas estatais e a estrutura da sociedade escravista brasileira do século XIX.

O sistema de plantação, em que se baseava a sociedade brasileira, era “devorador de terras e de homens”, resultando na alta taxa de mortalidade dos escravos. A alta taxa de mortalidade dos detidos na Casa de Correção, em virtude das precárias condições higiênicas, segue o mesmo padrão.

A Casa de Correção da Corte recebeu interessantes mudanças na arquitetura do modelo panóptico. Da torre central nem tudo se vê, tal como nas relações sociais escravistas, o controle social está disseminado nas relações pessoais, na vigilância exercida direta e difusamente por uma parte da população sobre a outra. Desaparece o espaço homogeneizado do panóptico, com suas divisões claras entre vigilantes e dos vigiados e o controle simbolizado numa instância central. Os raios são ocupados pela administração, os vazios, por vários tipos de detidos, por serviços administrativos etc. O espaço está saturado de diferentes categorias de indivíduos, as instâncias públicas e privadas de poder estão misturadas, o controle está disseminado no próprio espaço, “pessoalizado” nas relações concretas dos agentes. A distribuição espacial entre o que vigia e o que é vigiado neste (impossível) “panóptico tropical-escravista” corresponde, pois, à forma geral das relações de controle social da sociedade escravista, a da distância social e a proximidade física entre dominantes e dominados, com suas faces complementares da benevolência e da violência.³

O sistema punitivo da Casa de Correção seguia a economia dos castigos da sociedade escravista. O sistema de isolamento, cujo objetivo suposto era reformar a consciência moral do preso, transformava-se na pena mais adequada

(2) Sobre as condições das cadeias paulistas no Império e na Primeira República, ver Salla, 1997; sobre a Casa de Detenção do Recife, ver Huggins (idem : 79 *et seq.*); sobre o Presídio de Fernando de Noronha, G. Pessoa, 1994; sobre o estado das prisões na Corte e em outras Províncias, Algranti, 1988 e Afufderheide : 314 *et seq.*; Relatório da Comissão de Inspeção de 1874. Em geral, há nos *Relatórios do Ministério da Justiça* de todos os anos considerações sobre o estado precário das prisões do Império e a necessidade de reformá-las. Esta preocupação acentuou-se a partir da década de 1870.

(3) Vemos essa relação na forma de gestão da Casa de Correção de São Paulo: em 1875 o governo comprou o casarão onde residia o diretor da Casa de Correção de São Paulo, transferindo os presos da cadeia da capital para ela. A residência do diretor situava-se num dos cantos da muralha da Casa de Correção. O diretor da Casa de Correção dirigia também a cadeia da capital (Salla : 109).

para os escravos, por ser a mais cruel e destinar-se a indivíduos considerados irrecuperáveis. Consideradas as condições de higiene da prisão, o enclausuramento dos condenados a penas mais longas significava sua condenação à morte. A pena de isolamento era vista como inadequada porque atingia indistintamente os indivíduos, sem considerar a sua condição social. A hierarquia social dos indivíduos era o critério adotado para a aplicação da pena sobre os condenados, havendo uma espécie de individualização dos criminosos na execução da pena. Essa não resultava, porém, do conhecimento sobre o indivíduo produzido por um saber do tipo das ciências humanas, pois o princípio de classificação utilizado na aplicação da pena era dado pela condição social dos indivíduos.

Mesmo o saber médico tinha outro campo de aplicação nas práticas punitivas estatais da sociedade escravista. Os escravos podiam ser condenados a um número máximo de açoites, que não deveriam ser aplicados todos de uma vez. Um médico teria de supervisionar a sua execução, regulando o número de açoites aplicados de cada vez segundo idade, sexo e condição física do escravo condenado. O saber médico sobre os indivíduos era utilizado para regular a execução dos açoites sobre os escravos criminosos, uma pena que tinha um acentuado caráter de suplício, exemplaridade e vingança.⁴

Enfim, as prisões da sociedade escravista não visavam regenerar pelo menos uma parcela dos detidos: os escravos criminosos. Os excessos na punição, sua publicidade e o seu caráter ritual davam à punição dos escravos um caráter de vingança exemplar e de intimidação. As más condições higiênicas das prisões faziam com que, na prática, a detenção significasse a pena de morte para os escravos condenados às longas penas. A aniquilação dos escravos criminosos era funcional para a sociedade escravista, pois eles eram subtraídos do domínio senhorial ao ser condenados à morte ou às galés perpétuas, podendo sobreviver à extinção da pena.⁵ Aqueles punidos com longas penas de galés não teriam condições físicas para voltar ao trabalho, depois de cumpri-la nas precárias condições das prisões do Império. Ou seja, não havia, na sociedade escravista, um “lugar” para o escravo que tivesse cumprido uma longa pena de prisão, restando-lhe no máximo sobreviver da caridade pública. A aniquilação dos escravos condenados nas prisões tinha também o duplo aspecto de intimidação e de vingança exemplar.

(4) O uso do saber médico na aplicação dos açoites era recomendado aos juízes pelo Aviso do Ministério da Justiça de 10.06.1861, que recomendava aos juízes de direito a maior cautela, pois deveriam graduar a pena de açoites conforme a idade e robustez do réu e que o castigo deveria ser suspenso se o paciente, a juízo do médico, não pudesse mais suportá-lo sem perigo (Av. de 10.06.1861, apud J. Correia, s.d., vol. 2, p. 13-4).

(5) Aviso de 30.10.1872: “o direito dominical sobre o escravo desaparece pelo fato da condenação definitiva do mesmo escravo à pena de galés perpétuas; e assim uma vez perdoado, e considerada a pena extinta, não pode o condenado voltar à escravidão” (apud V. Pessoa, 1899 [1882]: 499, n. 3206).

O objetivo manifesto da extinção das penas de galés era “humanizar” a execução da pena, retirando da paisagem urbana as bárbaras cenas dos condenados. Pelos mesmos motivos, a execução dos açoites em escravos foi transferida para o interior das prisões na Corte no século XIX. No entanto, ao mesmo tempo que era proposta a humanização dos castigos, propunha-se que aos escravos, “incorrigíveis” em virtude de sua condição social, fossem aplicadas as penas mais severas. A escravidão tornava o discurso da humanização das penas no Brasil abertamente contraditório, pois aos escravos criminosos a pena configurava-se em suplício. O discurso da humanização não tinha caráter ideológico, pois sua enunciação não tinha a função de inverter e ocultar as relações sociais de dominação. Tratava-se de um discurso que defendia a dominação aberta de uma parte da sociedade sobre as outras, segundo a sua condição social.

O “panóptico” da Casa de Correção da Corte nunca deixa de ser um projeto, cuja execução foi sempre protelada, e que não chega a ser completada. Quarenta anos depois do início de sua execução, as sociedades centrais já produziam novos modelos. Estes serão utilizados no Brasil como prova do fracasso do modelo anterior e serão, por sua vez, adotados, protelados, distorcidos etc. Isso não significa o “atraso” da nossa sociedade, pois o processo histórico desta é coetâneo e contraditoriamente articulado ao das sociedades centrais. É um processo único em que se constituem novas sociedades na periferia capitalista, com seu próprio espaço social interno, as suas etapas de desenvolvimento econômico, a sua formação de classes e suas relações sociais. A condição de sociedade periférica manifesta-se também no processo de construção de suas instituições políticas e sociais, entre elas a organização e as práticas punitivas estatais e das demais instituições judiciárias.⁶

A penetração das relações sociais escravistas nas prisões do Império projetadas segundo o modelo do panóptico conduzem à questão do funcionamento da norma social neste tipo de sociedade. Seria possível um hipotético “panóptico tropical-escravista”? O panóptico poderia constituir um modelo das relações de poder de uma sociedade fundada no latifúndio escravista?⁷

O panóptico somente seria um modelo das relações sociais na medida em que se negasse enquanto panóptico – uma torre de onde tudo se vê, a disciplina agindo nos corpos e a norma social inscrita na consciência dos indivíduos como padrão de comportamento de um indivíduo médio abstrato. Na sociedade escravista, não só a generalidade da lei do soberano não atingia a totalidade dos indivíduos no território, como também o indivíduo abstrato não existe, pois este tipo de sociedade implica a diferenciação dos indivíduos segundo a sua condição. A condição social dos indivíduos significava a sua classificação segundo critérios como estatuto jurídico, riqueza e prestígio social, este considerado sob o aspecto da sua

(6) Ver Koerner, 1998a e 1999.

(7) A análise que segue é versão modificada de parte inédita de nossa tese de doutorado (Koerner, 1998b).

inserção nas redes de troca de favor. Os indivíduos são classificados em categorias sociais hierarquizadas em distinções que assumem uma dimensão quase ontológica.

Na sociedade escravista há um outro regime de saber-poder. O seu saber não era o do modelo das ciências humanas, cuja técnica é o exame, o objeto, o comportamento dos indivíduos, com o objetivo de produzir corpos dóceis que apresentem regularidades de conduta. A técnica de produção de saber na sociedade escravista não é o exame nem o inquérito, ou melhor, ela “importa” estes instrumentos das sociedades centrais, e os combina usando-os segundo os objetivos do esquema de saber-poder da sociedade escravista. Assim, o saber produzido sobre os indivíduos é combinado com a categoria social que ocupam.

O objetivo é a produção da docilidade dos corpos, em ambas as sociedades, mas em sentidos distintos e, pois, os seus instrumentos são diferentes. Na sociedade disciplinar os corpos dóceis devem ser produtivos segundo a norma social e as necessidades de sua produtividade e utilidade sociais. Os instrumentos usados são o adestramento, a repetição, a correção e o controle contínuo dos comportamentos.⁸

Na sociedade escravista, a violência privada é uma das formas de castigo e o exercício privado dos suplícios faz parte do regime de visibilidade desta. As práticas de controle social procuravam imobilizar esses indivíduos em esquemas de dominação pessoal que se expressavam no modelo da família estendida.

A estratégia global de poder dos senhores é a produção da dependência pessoal, personalizando as suas relações “paternais” com os desiguais. A regra de ação do senhor é o favor, cuja forma mesma, enquanto arbítrio, é a negação da noção de regra, pois seus critérios não se diferenciam da vontade do senhor. Os atos de produção da docilidade se dão num contínuo de violência-benevolência, fundados na vontade do dominante, para produzir a vontade de dependência pessoal dos dominados.

Por sua vez, as práticas estatais de controle social voltavam-se à vigilância dos escravos fugidos, dos suspeitos e dos desconhecidos, aqueles indivíduos que escapavam desses pontos imóveis das redes de dependência pessoal da sociedade escravista, pela fuga, pelo trabalho incerto, pela posse precária da terra ou pela itinerância. A violência sobre o corpo dos dominados é, pois, aplicada pelo poder privado senhorial e pelo poder estatal.

Aliás, não foi adotado no Brasil um modelo único de punição estatal, o da prisão com trabalho. Conviviam diversas formas de punição, desde aquelas que, como a pena de morte e os açoites, eram aplicadas sobre os escravos, até as que se aplicavam sobre os indivíduos livres, como a multa, baseada na capacidade social

(8) Seria interessante ampliar a análise para outros aspectos – como a clínica, a educação, os manicômios, as forças armadas – estudados por Foucault a respeito da sociedade disciplinar de que a prisão é a instituição modelo.

de pagamento dos indivíduos, passando por penas de perda do cargo, banimento e, ainda, as penas infamantes e aplicadas em público, como a pena de galés. Conviviam as penas que faziam parte da economia dos castigos da sociedade do *Ancien Régime*, até as da sociedade disciplinar. O significado desta aparente confusão é que as penas eram aplicadas aos indivíduos, seguindo uma modulação cujo princípio era a condição social e não o do indivíduo normal da sociedade disciplinar. O seu objetivo era a reafirmação da ordem social hierarquizada e não o adestramento disciplinar para aumentar a utilidade dos corpos. A modulação da aplicação das penas seguia as categorias da sociedade escravista, e uma pesquisa empírica relevante seria a reconstrução dos seus diversos princípios, domínios de aplicação da pena e objetivos.

Assim, a relação complementar que Foucault via entre a lei do soberano e a disciplina do dispositivo de produção de docilidade, pode ser colocada aqui como uma complementaridade entre a lei do soberano e a dominação pessoal do senhor. O comportamento dos dominados não se orienta pela regularidade das condutas, mas pelo acompanhamento das oscilações da vontade dos senhores.

O funcionamento do sistema punitivo da sociedade escravista brasileira pode ser contrastado também com o processo que conduziu mudanças nas punições no *Ancien Régime* francês. Segundo Foucault, a mudança das práticas punitivas ocorridas a partir do século XVII decorreu de mudanças bastante gerais nos dispositivos de poder, que passavam a investir sobre o corpo e a alma dos indivíduos a fim de discipliná-los, melhorando a sua utilidade social. Do ponto de vista econômico, essas mudanças estavam relacionadas com as mudanças do tipo de trabalho e na forma de riqueza criadas com a passagem ao capitalismo. O trabalho assalariado implicava a necessidade de adestrar o corpo dos indivíduos, para adequá-los ao trabalho contínuo em tarefas repetitivas. A riqueza deixava de ser isolada nos domínios agrários e agora era investida em mercadorias e em unidades de produção, que estavam muito mais próximas das classes despossuídas. Além disso, a vigilância desta nova forma de riqueza deveria ser feita por indivíduos recrutados nessas mesmas classes. Neste sentido, era necessário aprofundar nesses indivíduos o respeito ao direito de propriedade, fundamental para o funcionamento da sociedade burguesa.⁹

Não ocorreram mudanças significativas na circulação dos indivíduos e na forma de riqueza produzida pela sociedade brasileira durante o século XIX. Segundo os termos da análise de Foucault, não seria central nesse processo o problema do ampliar às classes populares o respeito ao direito de propriedade privada. Pelo contrário, o respeito ao direito à propriedade continuou a confundir-se com o respeito ao domínio do proprietário, o que foi transferido às novas formas de riqueza que apareceram a partir do início do século XX.

(9) Foucault procurava mostrar a funcionalidade da disciplina para as mudanças sociais da formação do capitalismo e a sua análise é, neste ponto, inspirada e compatível com a perspectiva marxista.

A desqualificação do trabalho na sociedade escravista tornava aquele praticado no interior das prisões não uma forma – mesmo ilusória – de regeneração dos indivíduos, mas uma parte da própria punição. Como afirma Foucault a respeito do sistema disciplinar das prisões, o discurso da regeneração dos indivíduos pelo trabalho contrasta com o trabalho efetivamente aprendido, que era completamente inútil, porque os ofícios ensinados eram completamente defasados em relação às necessidades do mercado de trabalho. A incapacidade do sistema prisional de regenerar os indivíduos revelava a sua verdadeira função: a criação de uma massa de criminosos, cujas ilegalidades eram úteis tanto para as práticas policiais, como para a dominação burguesa em seu conjunto. Ora, não havia descontinuidade entre o trabalho prisional e as atividades desses indivíduos na sociedade brasileira, em virtude do predomínio absoluto de trabalhadores manuais entre os detidos e porque o trabalho prisional não era posto como o aprendizado de um ofício; tratava-se ao contrário da utilização *tout court* pelo Estado da força de trabalho fornecida pelos detidos. Assim, o trabalho dos presos era desqualificado, mas socialmente necessário, em virtude da carência de força de trabalho para o Estado. A parte mais importante do trabalho dos detidos eram as obras e os serviços públicos, e a satisfação desse tipo de trabalho era uma das razões pelas quais muitos deles eram detidos sem motivos, ou mantidos nas prisões mais tempo do que o fixado na lei (Algranti, 1988; Holloway, 1993).

Enfim, na Europa, a passagem para a sociedade disciplinar baseou-se no modelo do *enfermement*, cujas instituições especializaram-se e passaram por transformações internas a fim de ampliar a eficácia da sua ação sobre os indivíduos, aumentando a utilidade de seus corpos, relacionada à intensificação da exploração capitalista da força de trabalho e para produzir saberes sobre os indivíduos, que reverteriam sobre eles pelo poder das instituições disciplinares. Em meados do século XVIII havia na França uma polícia rural organizada para a repressão à vagabundagem, que perseguia desempregados e pobres pelas estradas. O problema da vadiagem na crise da sociedade escravista não resultou na nacionalização do mercado de trabalho por um conjunto homogêneo de estratégias, visando disciplinar os indivíduos expropriados para o mercado de trabalho. Ao contrário, a formação do mercado de trabalho livre no Brasil resultou em práticas diferentes segundo as regiões. Em Pernambuco, a partir de 1850 houve um aumento da utilização de trabalhadores livres, que eram mantidos na condição de moradores, nas terras dos senhores de engenhos, e, a partir da década de 1890, com a instalação das usinas, a utilização intensiva de mão-de-obra assalariada.

Em São Paulo, sabe-se que a formação do mercado de trabalho livre deu-se pela transferência massiva de imigrantes estrangeiros para o trabalho nas lavouras de café, cujo custo foi socializado com o pagamento das passagens pelo governo provincial, e depois estadual. Os pobres livres foram marginalizados do mercado de trabalho, pois eram considerados incapazes para o trabalho, vadios. Incorporaram-se ao mercado de trabalho assalariado nas cidades ou em regiões

decadentes, ou dedicaram-se à lavoura de subsistência, deslocando-se pelo espaço interior ou para a fronteira. Em São Paulo, o trabalhador nacional somente foi valorizado quando, com o início da Primeira Guerra Mundial, reduziu-se drasticamente o fluxo internacional de imigrantes (ver Kowarick, 1994).

A partir destes dados podemos fazer algumas indicações sobre vários aspectos da continuidade das práticas punitivas estatais na passagem para o mercado de trabalho livre no Brasil. Apesar do discurso reformador que, baseado na criminologia positivista, propôs durante décadas reformas no Código Penal de 1890, das instituições prisionais, e da criação de institutos disciplinares (para menores, mulheres, "alienados" etc.), essas reformas foram adotadas em São Paulo somente na década de 1920, e ainda de modo apenas parcial e fragmentário (Salla, 1997 e Alvarez, 1996). A adoção dessas reformas no Estado coincide com a valorização do trabalhador nacional, com as novas necessidades de mão-de-obra criadas pela expansão industrial e com a agudização dos conflitos sociais com os trabalhadores estrangeiros, especialmente a partir da greve de 1917.

A Penitenciária do Estado de São Paulo foi frequentemente festejada como uma instituição-modelo para o sistema prisional; no entanto, a Penitenciária do Estado era antes a exceção do que uma prática generalizada.¹⁰ Isto é, não havia continuidade no modo de funcionamento desta instituição e o das demais instituições do sistema prisional do Estado. Se pode ser atribuído o papel de modelo à Penitenciária do Estado, não seria no sentido da homogeneidade entre as instituições, o espaço social e a norma de comportamento dos indivíduos, tal como pensada por Foucault para a relação entre o sistema punitivo e a sociedade disciplinar, mas no sentido de uma projeção idealizada da modernidade, cuja generalização na sociedade paulista somente ocorreria em algum momento futuro. O modelo não é, pois, auto-referente, construído por um saber positivo, a partir do conhecimento do indivíduo médio, e projetado a toda a sociedade; o modelo é deslocado, é descentrado. Neste sentido, para a sociedade paulista do início do século XX, o modelo disciplinar situa-se no eixo atraso-desenvolvimento, onde a mudança de posição da sociedade resultaria das mudanças sociais em curso e das reformas ainda por vir, os quais poderiam enfim reconciliar a sociedade periférica com os emblemas da modernidade do centro capitalista.

(10) Fernando Salla mostra que a Penitenciária do Estado serviu de modelo para os juristas brasileiros da primeira República. Estes viviam a crença de que a regeneração era algo possível, baseada na escola positivista, métodos terapêuticos, individualização da pena. Mesmo que a prática fosse repressiva e discriminatória, cultuava-se a fé no progresso, na regeneração. A Penitenciária do Estado de São Paulo ocupou um "vazio no cenário das prisões brasileiras", sendo adequada às penas do CP/1890. As críticas à Penitenciária foram tímidas. No entanto, foi um modelo cujo uso não se generalizou. De um modo geral, o advento da República pouco significou na alteração das condições das demais prisões (idem, *ibidem*, p. 237-239).

3. Práticas prisionais e poder político

A análise poderia ainda ser avançada no sentido de colocar a questão da relação entre o corpo do rei e o corpo dos indivíduos na ordem imperial-escravista. Até que ponto há uma especificidade nesta relação, em virtude da nossa formação colonial e escravista? Qual a relação, neste agregado político, entre a pessoa física do Imperador, as instituições políticas do Império e os indivíduos?

Na sociedade fundada no latifúndio escravista não existe um pacto de submissão absoluto, no qual se daria a transferência de todos os poderes dos indivíduos ao soberano. O pacto político é limitado isto é, os senhores guardam parte de seus direitos naturais, o domínio absoluto da propriedade, o poder patriarcal sobre a família ampliada: esposa e filhos, demais dependentes e agregados, e poder dominial sobre os seus escravos.¹¹ O exercício do poder pelo imperador e pelos senhores é complementar, o que implica que ambos são ao mesmo tempo públicos e privados. Por um lado, o poder do imperador é privado, porque o pacto fundador é de uma parte apenas dos indivíduos existentes na sociedade – somente os indivíduos livres (proprietários e, com limitações os não proprietários, masculinos, adultos) fazem parte da nação, e somente eles puderam tomar parte no pacto político representado pela Constituição, cujos direitos e garantias desti-

(11) O art. 14 do Código Criminal excluía da imputação criminal o mal causado em virtude das circunstâncias de que o ato se achava revestido, pela posição em que o agente se achava colocado, que fazia mudar a natureza da ação, e é o que se chama estado de colisão. Trata-se aqui das circunstâncias em que, ainda que haja a liberdade do agente, desaparece sua criminalidade. Bentham classifica em seis os meios justificativos – o consentimento, a repulsão de um mal mais grave, a prática médica, a defesa própria, poder político e o poder doméstico. O poder político “é o direito de punir, que pertence à sociedade: é também incontestável a necessidade do poder social infligir a pena, para reprimir o mal do crime; pois só assim serão garantidos os direitos individuais” (Toledo, 1878: 221-224)

“O exercício do poder legítimo arrasta a necessidade de fazer mal, para reprimir o mal: este poder legítimo pode-se dividir em político e doméstico”. Os meios contra a desobediência eram “necessários para a autoridade dos magistrados e do pai: o mal que eles infligem tem o nome de pena ou de castigo: eles não se propõem por estes meios de fato senão ao bem da grande ou da pequena sociedade que governam; não há necessidade de dizer-se, que o exercício de sua autoridade legítima é um meio completo de justificação, pois ninguém quereria mais ser magistrado ou pai, se não houvesse segurança de seu poder” (idem, ibidem, p. 237-238). O § 6.º do art. 14 do Código Criminal excluía expressamente a imputação em virtude do poder doméstico, ou seja, quando o mal consistisse no castigo moderado dos pais a seus filhos, dos senhores a seus escravos, e dos mestres a seus discípulos. “O mal que resulta deste castigo redundava em benefício dos que o sofrem – é empregado para fazê-los entrar no círculo de suas obrigações. É o poder doméstico: há uma necessidade de fazer mal e sem essa faculdade não se poderia manter a ordem doméstica; entretanto é necessário que este castigo seja moderado e não contrário às leis em vigor” (idem, ibidem, p. 287-288).

nam-se somente a eles, cidadãos. O poder do imperador garante os direitos da ordem social assim constituída, a qual é particular em relação à totalidade dos indivíduos titulares de direitos naturais nascidos ou residentes naquela sociedade. Por outro lado, o exercício do poder pelos senhores tem também um aspecto público, não tanto pela incapacidade organizacional do Império de constituir uma burocracia em todo o seu território, mas em virtude do pacto político limitado, no qual ficou reservado aos senhores o exercício da parte de seus direitos naturais sobre os seus domínios. Do ponto de vista da organização social, o escravismo implicava uma distribuição espacial do poder estatal, em que uma parte deveria ser exercida diretamente pelos senhores e reconhecida como legítima pelo poder imperial. Aos senhores cabia o exercício do poder nos limites do seu domínio territorial, controlando seus escravos e outros subordinados.

O corpo político do soberano na sociedade escravista não corresponde então à imagem do rei no Parlamento, como na Inglaterra, ou à do soberano absoluto, senhor da guerra e pacificador da sociedade, como no *Ancien Régime* francês. Neste, as práticas punitivas eram ordenadas para que, simbolicamente, se manifestasse de tempos em tempos (no caso das execuções dos regicidas) a força ilimitada e vingativa do poder real, incontestado e absoluto. O soberano reafirmava a sua posição de senhor da guerra, desencadeando forças destruidoras e "irracionais", que intimidavam seus súditos. Por sua vez, estes reafirmavam a sua sujeição neste processo e desta maneira se renovava periodicamente a sua participação no corpo político do rei¹² (ver Kantorovicz, 1956; Foucault, 1975).

Na ordem imperial-escravista brasileira, o corpo do rei era composto tanto no sentido físico como no simbólico. Nas palavras dos juristas da época, o Império brasileiro era um agregado de indivíduos e de famílias. Na generalidade deste agregado, o Imperador era o corpo físico do soberano; em cada parcialidade o era cada senhor; na sua totalidade, o corpo político do Império era simbolizado pelos poderes políticos, representantes da nação; na particularidade, cada senhor era o soberano da sua família estendida. No domínio doméstico, os proprietários exerciam seu poder de senhores da terra e dos seus dependentes. Como chefes políticos, controlavam o governo local, confrontavam seu poder com os seus iguais e delegavam-no aos seus representantes e às instituições imperiais.¹³ Na França do *Ancien Régime*, o soberano se manifestava segundo um regime de luminosidade cujo ponto de máxima visibilidade se encontrava no soberano, distribuía-se gradativamente entre os indivíduos de diferentes *status* sociais até à penumbra máxima dos criminosos. Na sociedade escravista brasileira do século XIX, a

(12) Porém, nestes episódios também se davam momentos de inversão simbólica, em que os súditos, ao invés de reafirmar sua sujeição ao soberano, manifestavam sua simpatia com os agressores do corpo político e, aliando-se a eles, constituíam uma coletividade oposta à ordem do soberano.

(13) Para um estudo das relações entre a organização familiar e os processos de representação política no Império, ver Graham, 1990.

luminosidade se dispersava pelo território em pontos de diferentes intensidades, numa distribuição de visibilidade que se apresentava como uma miríade de luzes e de sombras, na qual se manifestavam os raios de luz dos inúmeros soberanos locais, em choque com seus pares e nas suas relações com os seus dependentes.

As relações do proprietário com seus dependentes eram fundadas no modelo da família e isso significa que o poder do chefe de família era natural e não era "político", no sentido que não tinha origem num pacto. Desta maneira, a resistência aberta dos dependentes não aparecia como a ruptura de um pacto, a retomada de sua condição de indivíduos naturalmente livres; era vista sobretudo como a inversão, quase como profanação da ordem natural. Assim, mesmo que restrita ao domínio privado, a insubordinação aberta era uma contestação à ordem social como um todo; uma ruptura não abria espaço para um novo pacto, mas à reação segundo uma lógica de punição à transgressão. Do mesmo modo, no domínio público, a manifestação de revolta popular não seria uma ruptura do pacto por uma parte dos cidadãos contra a ordem política; era a sublevação dos dependentes contra a ordem "natural" da sociedade hierárquica. Os dependentes pertenciam à ordem natural da família, eram excluídos tanto do pacto social da nação como do pacto político. A sua sublevação poderia levar à transformação da forma e dos limites do pacto social, ou então à reafirmação violenta das exclusões do pacto existente. Nesta segunda hipótese, seria negada aos dependentes a sua própria condição de indivíduos autônomos, titulares de direitos naturais, de potenciais sujeitos de direitos civis, e assim a repressão visava recolocá-los na sua posição subordinada, segundo a ordem da família. Caso a luta política fosse entre senhores, que podiam mesmo se transformar em confrontações armadas de centenas de homens, a maneira pela qual terminava era a de acordos de paz, patrocinados pelo governo central. Estes acordos tomavam a forma de verdadeiros tratados, onde se resolviam as disputas, os procedimentos futuros, as reparações pelos danos. Mas não se tratava jamais de pacificação no sentido de desarmar as partes para impor a soberania do monarca sobre os senhores; e nem mesmo de inquirir a responsabilidade penal dos participantes nos conflitos. Não se tratava neste caso de desagrar o corpo político, a paz do rei não fora atingida porque um conflito entre senhores era entre partes do próprio soberano.

4. Conclusão

O estudo das práticas prisionais na sociedade escravista brasileira indica que não basta apontar para os efeitos diretos e imediatos da estrutura social, nem considerá-las como resultados voluntários de ações ou omissões de indivíduos determinados. As suas articulações com as relações de poder social e político mostram que se tratava de uma forma institucional, adotada segundo objetivos e estratégias de poder local, com repercussões para o conjunto das relações de saber-poder daquela sociedade.

A impressão de atraso, presente em muitas análises do problema, desfaz-se com a contemporaneidade dessa sociedade em relação às sociedades centrais,

tanto pelo processo social como pelos projetos de reforma adotados quase ao mesmo tempo lá e cá. Mas ocorrem diferenças importantes em termos de processos, estruturas e práticas institucionais, bem como seus efeitos para as relações sociais de dominação. Vimos também como as continuidades na estrutura socioeconômica e das práticas institucionais colonizavam iniciativas de mudança, adaptando-se às velhas práticas as organizações e normas reformistas.

Pensamos que esses resultados são relevantes para a compreensão da atualidade, em que é preciso associar a consciência da intolerabilidade da situação atual das práticas prisionais, das graves violações aos direitos fundamentais dos detidos, e as conseqüentes propostas de reforma, com a necessidade de mudanças mais amplas e profundas. Essas mudanças não se dão pela adoção de novos modelos, abstratamente definidos, nem se darão apenas pela redução das desigualdades econômica e social, mas também – e conjuntamente – pela compreensão das características fundamentais do formato institucional existente e seu entrelaçamento com despotismos presentes em outras instituições políticas e relações sociais. É com essa compreensão que pode-se identificar e propor práticas e espaços que impeçam que o esquema atual continue a exercer seus efeitos de saber-poder. Pensamos, pois, que, para além de aspectos técnicos, é essencial a abertura desses espaços, ampliando-se a participação social e o debate democrático sobre eles, para que sejam adotadas novas instituições e práticas de punição pública da sociedade brasileira.

Bibliografia

- ALGRANTI, Leila M. *O Feitor ausente – Estudo sobre a escravidão urbana no Rio de Janeiro – 1808-1822*. Petrópolis : Vozes, 1988.
- ALVAREZ, Marcos César. “Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1899-1930)”. São Paulo, USP/FFLCH, Tese de doutorado em Sociologia, 1996.
- AUFDERHEIDE, Patrícia. “Order and violence. Social deviance and social control in Brazil – 1780-1840”. Tese de doutorado em História. Universidade de Minnesota, 1976.
- BRASIL, Ministério da Justiça, 1874. *Relatório apresentado à Assembléia Geral Legislativa pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça*. Rio de Janeiro : Typ. Imperial, 1838 a 1888.
- . “Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte”. *Relatório apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira sessão da Décima Quinta Legislatura pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Dr. Manoel Antônio Duarte de Azevedo*. Rio de Janeiro : Typ. Americana.
- CORREIA, José M. A. s.d. *Relatório geral e sintético dos avisos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro : Garnier, vol. 2.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro : Ed. PUC, 1973.
- . *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 4. ed. Petrópolis : Vozes, 1977 [1975].
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 2. ed. São Paulo : Ática, 1974.

- GOULART, José Alípio. *Da palmatória ao patíbulo (castigos de escravos no Brasil)*. Rio de Janeiro : Conquista, 1971.
- GRAHAM, Richard. *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*. Stanford, Stanford U.P., 1990. [ed. bras. *Clientelismo e política no Brasil do século XIX*. Rio de Janeiro : UFRJ, 1997].
- HOLLOWAY, Thomas. *Policing Rio de Janeiro: repression and resistance in 19th-century city*. Stanford : Stanford U.P., 1993. [ed. bras. *A polícia do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : UFRJ].
- HUGGINS, Martha K. *From slavery to vagrancy in Brazil. Crime and social control in third world*. N. J., Rutgers U.P. 1984.
- KANTOROVICZ, Ernst. *Les Deux corps du Roi*. Paris : Gallimard, 1989.
- KOERNER, Andrei. *Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo : IBCCrim, 1999.
- . *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo : Hucitec, Depto. de Ciência Política da FFLCH/USP. 1998.
- . “O habeas-corpus na prática judicial brasileira”. Tese de doutorado em Ciência Política, FFLCH-USP. 1998.
- KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1994.
- PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. “Fernando de Noronha, uma ilha-presídio nos trópicos, 1833-1894”, *Cadernos de Pesquisa*, Rio de Janeiro : Arquivo Nacional, 1994.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil com a Lei de 03 de dezembro de 1841, n. 261 e Regulamento n. 120 etc.* 2. ed. Rio de Janeiro : Livraria de A. A. Cruz Coutinho Livreiro-Editor, 1899 [1882].
- SALLA, Fernando. “O encarceramento em São Paulo: das enxovias à penitenciária do Estado”. FFLCH/USP. Tese de doutoramento em Sociologia. 1997. [Publicada *As prisões em São Paulo*. São Paulo : Annablume/Fapesp, 1999].
- TOLEDO, Manoel Dias de. 1878. *Lições acadêmicas sobre artigos do Código Criminal conforme foram explicadas na Faculdade de Direito de São Paulo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Garnier, mais correta com alterações e modificações pelo Bel. Manoel Januário Bezerra Montenegro.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.2

O JOVEM PAULISTA NA VIRADA DO SÉCULO: CASO DE POLÍCIA, "ABORRECENTE" OU VÍTIMA?

CELIA SOIBELMANN MELHEM

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Pressupostos básicos para reflexão – 3. O país da desigualdade – 4. Jovens: trabalho duro e pouco estudo – 5. Juventude morrendo no anonimato – 6. Um cotidiano mediado pela violência – 7. Mais abonados e mais violentos – 8. Estado: colocando o lixo debaixo do tapete: 8.1 Judiciário: um campo a ser estudado; 8.2 Governo do Estado: a espera de uma vontade política; 8.3 Governos Municipais: espaços estratégicos – 9. Conformismo ou ousadia: cenários futuros possíveis: 9.1 Cenário conservador; 9.2 Cenário transformador.

Resumo: A situação dos jovens brasileiros num cotidiano mediado pela violência, em um contexto de hegemonia de uma postura repressivo-conservadora no tocante a políticas públicas de segurança, que não contemplam prioritariamente formas de atuação que favoreçam uma boa inserção social do adolescente na sociedade – o antídoto mais eficiente aos desvios de conduta juvenis.

Palavras-chave: Estado – Políticas públicas – Segurança Pública – Adolescência – Violência.

1. Introdução

Um depreciativo rótulo social vem sendo colado em boa parcela da juventude brasileira contemporânea, excessivamente associada à violência ou no mínimo a algum tipo de encrenca (briga de *gangs*, excesso de drogas, badernas), em função do aumento de ocorrências policiais em que aparece envolvida. E essa imagem negativa dos jovens vem se enraizando no imaginário popular e mesmo entre autoridades. São cidadãos comuns evitando adolescentes nas calçadas, é o Secretário da Segurança de São Paulo “explicando a periculosidade” juvenil:¹ o jovem “é mais aguerrido, tem naturalmente mais agressividade, até por questões biológicas da nossa condição de mamífero. Basta você olhar os crimes mais graves. Verá esse tipo de comportamento principalmente entre os mais jovens”.

⁽¹⁾ *Folha de S. Paulo*, 18.10.1999, p. 1-7.

Mas convenhamos, se o jovem é aguerrido, em muitos lugares tem se obtido razoável sucesso em canalizar o vigor juvenil para empreendimentos saudáveis como esportes, música ou outras atividades de forte receptividade entre adolescentes. Preocupações com estudo e futura carreira profissional também têm absorvido muitos deles. E não consta que as universidades, que concentram milhares de jovens em alguns metros quadrados, sejam os lugares mais perigosos para a segurança do cidadão. Ao contrário, parece que a ocorrência mais habitual são alunos e professores universitários vítimas de assaltos por estranhos às atividades acadêmicas – evidentemente com exceções que chamam a atenção e confirmam a regra. E quando se pensa em classes menos abonadas – já que os universitários costumam pertencer no mínimo à classe média –, o mesmo pode-se dizer dos cursos supletivos noturnos, das fábricas ou outras empresas que empregam jovens, ou mesmo da multidão de honestos *office-boys* que circulam com cheques de vultuosas quantias pelas ruas e bancos do país.

Nem sempre, porém, os jovens foram fortemente vinculados à criminalidade. Na politizada década de 60, por exemplo, em muitos países (inclusive no Brasil), parte da energia jovem foi absorvida pela militância política, freqüentemente contestatória é verdade – e, por conseqüência, combatida pelo pensamento conservador, muitas vezes com truculência –, mas minoritariamente de caráter violento. Em rota diversa, na mesma década, o então mundialmente influente movimento da contracultura tinha como lema “paz e amor”. E nem por isso foi pacificamente aceito pelas forças conservadoras.² As rebeliões estudantis de Paris, em maio de 1968, embora ruidosas, não foram sangrentas – inclusive pelo tipo de atuação das autoridades de um país com democracia e cidadania consolidadas –, embora não faltassem conservadores franceses que as considerassem perigosamente revolucionárias e pleiteassem por uma repressão dura. E muitos dos jovens contestadores da época (na França e também no resto do mundo e no Brasil) se transformariam em destacados líderes políticos ou sindicais nas décadas seguintes, assumindo papel influente na consolidação ou no aperfeiçoamento da democracia em vários países, como no Brasil. Militância quando jovem freqüentemente funciona como uma escola de política, e ausência dela pode resultar em uma despolitização perigosa para a vida democrática.³

Assim, se os jovens não são intrinsecamente “perigosos” para a sociedade, como insinuam alguns, o dilema que se coloca é pensar porque eles estão sendo estigmatizados como violentos e/ou drogados, em que circunstâncias o vigor juvenil tende para desvios de conduta, qual é o perfil básico e a efetiva ocorrência social desses desvios e o que eles representam de fato na sociedade brasileira contemporânea, com ênfase na paulista. E, uma vez colocada em suas efetivas

(2) Como destacaram filmes consagrados como *Sem rumo* (*Easy rider*), em que dois motociclistas que percorriam aventurosamente o país são abatidos a tiros.

(3) Um interessante tema de pesquisa seria a avaliação dos efeitos da despolitização na vida brasileira, a partir dos anos de repressão do regime militar.

proporções qualitativas e quantitativas, buscar maneiras adequadas de lidar com a "delinquência" juvenil.

Minha hipótese para reflexão neste artigo, no caso das políticas de Segurança Pública brasileiras, é que a permanência do pensamento conservador como força predominante à testa delas e nos postos influentes da sociedade, além de gerar crescente descrédito popular em relação à política e aos direitos do cidadão, favorece a tomadas de decisão e incorporação de pressões sociais de caráter eminentemente repressivo e esta não tem se revelado a melhor resposta à rebeldia do jovem. Esse predomínio conservador nos postos públicos influentes – e não apenas na área de Segurança Pública – é uma das características marcantes da sociedade brasileira, ao que se soma o fato dela ser altamente excludente e concentradora de renda, além de ter recentemente convivido com governos autoritários. Com a redemocratização na década de 80, elegeram-se (primeiramente no Colégio Eleitoral e posteriormente nas urnas) governos de coalizões partidárias de centro-direita, que não priorizaram políticas sociais transformadoras da realidade nacional, nem desenvolveram políticas públicas adequadas para reverter o baixo desenvolvimento humano do país. No tocante à Segurança Pública, além do governo e das elites, boa parcela da sociedade civil também tem sido um ator conservador, limitando-se a clamar por mais Polícia e repressão, quando não abraça bandeiras extremas como a pena de morte, incentivo a justiceiros ou julgamento de adolescentes como adultos, a partir dos 16 anos.

No campo específico da Segurança Pública, propostas transformadoras chegam a ser tratadas com ironia ou com a mesma truculência que a rebeldia jovem, independente do fato de que as soluções conservadoras – concentradas em reforço quantitativo policial e em repressão, ignorando ações preventivas e desdenhando a cidadania – têm se revelado incapazes de enfrentar adequadamente, *sozinhas*, a questão da criminalidade no país.

Este texto pretende expor o quadro atual dos desvios de conduta juvenis no contexto brasileiro, correlacionando-o com a hegemonia de uma postura repressivo-conservadora no tocante a políticas de Segurança Pública, tentando avaliar as possibilidades de implantação de caminhos transformadores que, além do aperfeiçoamento da ação policial e da Justiça, visem uma melhor inserção social do jovem.

2. Pressupostos básicos para reflexão

Uma análise que valorize soluções transformadoras – em termos de eficiência e eficácia – para a Segurança Pública, deve considerar necessariamente os seguintes pressupostos:

- Cabe ao Estado, e esta é a razão primeira de sua existência, *garantir a Segurança Pública do cidadão*, tendo, para isto, o monopólio social da força organizada;

- Segurança Pública é um conceito que, no tocante às ações do Estado, *não se pode limitar ao uso do monopólio da força organizada*, mas deve se constituir em

um complexo de ações públicas indispensáveis à garantia da cidadania: *Segurança Pública e direitos da cidadania são conceitos inseparáveis*;

- Segurança pública é uma questão complexa, que excede amplamente as fronteiras das políticas públicas repressivas ou essencialmente apoiadas na ação policial, bem como em aperfeiçoamentos da legislação penal;

- Políticas públicas – preventivas e curativas – de socialização e de reforço do tecido social, sintonizadas com a ação policial e com aperfeiçoamentos da legislação vigente, costumam ser mais eficientes, a médio prazo, do que ações somente de caráter repressivo;

- Conjunturas socioeconômicas desfavoráveis, baixa renda e pobreza repercutem em eventuais aumentos das taxas de delinquência social, sobretudo entre os jovens, mas o que efetivamente pressiona são os níveis de *desigualdade social* predominantes, sobretudo em modernas sociedades de consumo e de forte influência da mídia, escancarando quotidianamente essas desigualdades.

Essas premissas colocam o Estado como ator decisivo na área de Segurança Pública que, por sua vez, é decisiva para a questão da cidadania. Por consequência, o combate à criminalidade não pode prescindir de reflexões sobre a ação do Estado em uma dada sociedade, e esta reflexão, no tocante ao Estado de São Paulo e seus jovens, é o que este texto pretende alimentar.

3. O país da desigualdade

O Brasil é um país de acentuada exclusão social, inclusive quando comparado com seus vizinhos latino-americanos,⁴ e de desigualdades⁵ evidentes em diversos aspectos socialmente relevantes.

(4) Segundo o Informe de 1998 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD sobre o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, considerando os fatores de renda, educação e saúde, o Brasil *caiu* para a categoria *país de desenvolvimento humano médio* (perdendo 17 pontos de posição, em 3 anos), ficando colocado em 79.º lugar na escala mundial. Na América Latina, está abaixo do Chile (34.º), da Argentina (39.º), do Uruguai (40.º), da Venezuela (48.º), da Colômbia (57.º) e do Equador (72.º); quase empatado com o Peru (80.º) e bem próximo do Paraguai (84.º). E isto apesar de apresentar uma performance econômica muito elevada, se comparada com esses mesmos países.

(5) Começa com as grandes diferenças econômicas entre regiões: em 1996, o PNUD apontou a existência de *três “Brasis”*, que apresentam Índices de Desenvolvimento Humano – IDH desde os mais elevados, em comparação com os parâmetros internacionais, até chegar a situações de vida abaixo da linha de pobreza. Em termos comparativos, o IDH do Rio Grande do Sul é parecido com o da República Checa, enquanto o da Paraíba está abaixo do africano Lesoto.

São Paulo se situa na chamada *região Sul* – constituída pelos 7 estados do sul e do sudeste brasileiros, mais o Distrito Federal –, que apresenta nível de desenvolvimento humano superior. Ainda que escape da carência aguda do norte-nordeste do país,

O cenário de má distribuição de renda (brasileira e paulista) é grave. No Brasil, os 50% mais pobres ganham 14,5% dos salários pagos, enquanto o 1% dos mais ricos concentram 45,7% da massa salarial do país. E nas regiões mais pobres a concentração é maior. O país se desenvolveu na década de 90, porém os mais ricos sempre lucraram mais que os pobres – e mesmo que a classe média. E em épocas de descenso econômico, os extratos mais favorecidos perderam menos que os demais. *A década apresentou, portanto, “uma nítida evolução do grau de desigualdade de renda”,⁶ transformando a distribuição de renda urbana brasileira na mais desigual do continente.* Em 1996, os 40% mais pobres recebem 10,5% da renda, enquanto os 10% mais ricos ficam com 44,3% dela.⁷ De 1989 a 1999, o rendimento do brasileiro caiu 7,1%.⁸ O rendimento médio do trabalhador empregado foi de 3,7 salários mínimos.

Em São Paulo, na segunda metade de 1999, o *maior* rendimento da faixa dos mais pobres corresponde a 8,5% da *menor* renda entre os mais ricos. Em países latino-americanos vizinhos, a diferença é menor: no Uruguai, por exemplo, os mais pobres tem 22,9% da renda, e os mais ricos 25,8%, ao mesmo tempo que vem crescendo a participação dos primeiros.

A taxa de desemprego urbano brasileira cresceu de 4,5% para 8,1% entre 90 e 97. “A desocupação cresceu em todas as regiões do país, tanto entre homens como entre mulheres. Isso significa que a economia não está dando conta do crescimento da força de trabalho... O índice de desocupados foi mais alto nas áreas urbanas da região Norte (11,4%), seguida pelo Sudeste (11,2%)”.⁹ No caso dos jovens, além de dificultar a sua entrada no mercado formal de trabalho, a falta

abriga substancial pobreza urbana que, no caso brasileiro, acusa elevado índice de concentração nos grandes centros, especialmente na cidade de São Paulo, que possui cerca de 5,1 milhões de miseráveis. Na região metropolitana de São Paulo, entre 1989 e 1999, houve uma queda de rendimentos da ordem de 29,9% entre 10% mais pobres (além de 19,8% entre os 10% mais ricos). E o desemprego permanece muito alto: em setembro de 1999, 1.760.000 pessoas estavam sem emprego na Grande São Paulo, 19,7% da mão-de-obra ativa, um recorde histórico. É o reflexo do quadro econômico negativo que envolve o país no final da década de 90. Esses dados contrastam com o fato de o Estado de São Paulo apresentar o terceiro IDH em qualidade do país – perdendo apenas para Rio Grande do Sul e Distrito Federal –, sendo o segundo em renda *per capita* e escolaridade (em ambos os casos atrás do DF), contrastando com seu 11.º posto em esperança de vida.

- (6) Antônio Vieira Santos. “El Informe sobre el desarrollo humano en Brasil”, *Revista Instituciones y Desarrollo* 3, PNUD/Internet.
- (7) Entre 1993 e 1996, diminuiu em 1% a participação dos mais pobres, e aumentou em 1,1% a dos mais ricos na renda.
- (8) Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD, 1999, *Folha de S. Paulo*, p. B1, 21.07.2000.
- (9) Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD, 1999, *Folha de S. Paulo*, p. B1, 21.07.2000.

de emprego para os pais afeta toda a renda familiar, restringindo ainda mais sua qualidade de vida e suas perspectivas educacionais e profissionais.

4. Jovens: trabalho duro e pouco estudo

Jovens de 10 a 19 anos correspondem a 18,9% da população da Grande São Paulo (1998). Somados aos 16,6% de crianças de 0 a 9 anos, verifica-se que praticamente *1/3 da população da região é extremamente jovem*. E, considerando as condições socioeconômicas vigentes, são muitos os jovens prematuramente convocados para o trabalho, o que repercute negativamente no processo de escolarização: 1/3 dos jovens brasileiros entre 13 e 17 anos trabalham,¹⁰ índice que, na América Latina, só está acima do paraguaio (31,4%).¹¹ E certamente só conseguem trabalhos de baixa qualificação e rendimentos reduzidos.

Por conseqüência, a participação e o progresso escolares ainda são críticos em São Paulo, permanecendo, em 1996, uma taxa de analfabetismo de 10,2%.¹² Apenas 10,6% da população estudam 12 anos ou mais anos, para 33,3% que só cursam de 1 a 4 anos, e 28,2% de 5 a 8 anos. Logo, *mais de 60% das pessoas não alcançam o Ensino Médio*, embora a partir de 1996 esteja aumentando a demanda por ele em São Paulo. *A maior procura, entretanto, é para o período noturno*,¹³ confirmando o ingresso precoce no mundo do trabalho, e em condições profissionais adversas.

E no caso da “elite” juvenil que frequenta a escola, não se pode desconsiderar as deficientes condições pedagógicas e mesmo ambientais de muitos estabelecimentos de ensino público, frequentados pela maioria, principalmente os situados em bairros periféricos das metrópoles. Em muitos casos, a realidade escolar (aulas sem atrativos, faltas constantes de professores com duplo emprego etc.) desestimula o interesse pelo estudo, além de forçar o convívio em ambientes degradados (poucos equipamentos escolares, espaços físicos destruídos, banheiros abandonados etc.).¹⁴

(10) Cepal, *Panorama Social da América Latina 1998*, dados para 1995, Internet.

(11) No Chile esta porcentagem é de 4,6%, na Argentina 9,6% e no Uruguai 14,7%.

(12) Em 1995, a taxa brasileira de analfabetismo era de 16,7% (IDH) e a dos países de grande desenvolvimento humano era de 4,3%.

(13) Fonte: SEE/CIE, *Ensino Médio, Contribuição para Futuros Estudos*, 06/98, mimeo, p. 10.

(14) Correlacionando condições ambientais de estabelecimentos de ensino e rendimento escolar, recente pesquisa de Julio Jacobo Waiselfisz (Unesco) em 440 escolas revela que, em países como o Brasil, no qual nem todas as escolas possuem o mínimo de equipamentos necessários, o ambiente escolar influencia diretamente o rendimento dos alunos: *a proficiência aumenta na medida em que cresce o número de ambientes escolares disponíveis*. E em países não desenvolvidos (conforme revela o Banco Mundial), o impacto da escola é elemento decisivo na formação dos alunos – enquanto que em nações ricas os pais seriam os elementos mais determinantes, já que todas as esco-

5. Juventude morrendo no anonimato

O Brasil e especificamente São Paulo vem assistindo a um incremento da violência social. Frise-se a palavra violência – e não delinquência. E esta é uma diferença relevante. Eis alguns fatos:

- Segundo a Secretaria da Segurança Pública de São Paulo, no primeiro semestre de 1999 *diminuiu o número de roubos e furtos*,¹⁵ mas *aumentou o de homicídios*¹⁶ e os roubos e furtos de veículos, o que pode ser visto como sintoma de mais violência social e expansão do crime organizado (na área de veículos), revelando um perfil de criminalidade ascendente que não corresponde automática e simplesmente ao binômio miséria=crimes contra o patrimônio, embora entre os bairros da Capital mais violentos estejam os periféricos pobres (como Capão Redondo, Parelheiros etc.), mas em função de outros mecanismos perversos da pobreza, que serão mencionados mais adiante;

- Durante a década de 80, as taxas de homicídio brasileiras cresceram de 11,5 para 19,7 por 100 mil habitantes. Na América Latina, só a Colômbia bate a taxa nacional brasileira (89,5 no início dos anos 90). Parceiros do Mercosul (Chile, Argentina, Uruguai e Paraguai) apresentam valores bem inferiores. No Estado de São Paulo, o crescimento da violência tem sido tão grande, que se tornou a principal causa de mortalidade entre homens de 15 a 44 anos. De 1980 a 1997, a taxa anual de homicídios por 100 mil habitantes cresceu 212%, indo de 12,27 para 38,21;¹⁷

- Levantamento realizado em 49 países, pela Comissão sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal da ONU, classificou o Brasil como líder mundial em crimes cometidos com o emprego de armas de fogo: campeão de mortes (agregado de homicídios, acidentes e suicídios), com 26,97 ocorrências por grupo de 100 mil habitantes; e de roubos e assaltos realizados com armas, 127,35 casos por 100 mil habitantes;¹⁸

las estão minimamente equipadas. Por consequência, em nações como o Brasil, mais decisiva ainda é a importância das políticas sociais e do desempenho do Estado na socialização juvenil, com ênfase na área de Educação, cuja rede pública atende à esmagadora maioria dos jovens brasileiros. É bem possível que uma melhora sensível na oferta de serviços e espaços nas escolas públicas – além do aperfeiçoamento didático-pedagógico – tenha imediata repercussão nas escolhas existenciais dos jovens paulistas, inclusive nos níveis de adesão à delinquência. E certamente o mesmo pode-se dizer de outras políticas públicas – como as de lazer, esportes, cultura, transportes, conservação e iluminação de vias públicas etc. – a espera de uma vontade política que as priorize.

(15) Diminuição de -2,5% e -1,5% nos roubos e de -3,7% e -5,9% nos furtos, entre julho e agosto de 1999, na Grande São Paulo e na Capital, respectivamente.

(16) Aumento de +1,3% e +2,5%, na Grande São Paulo e na Capital, no mesmo período.

(17) Mônica Viegas Andrade (Universidade Federal de MG-UFMG) e Marcus Lisboa (Fundação Getúlio Vargas-FGV/Rio), *O Estado de S. Paulo*, p. C-1, de 09.07.2000.

(18) Entre crimes considerados graves, o Brasil só não é campeão no item assaltos sexuais com coerção de arma de fogo, categoria mundialmente liderada pela África do Sul.

• A Cepal¹⁹ detectou como os três principais problemas de segurança nas cidades brasileiras, em 1998: 1) matanças e chacinas em consequência da guerra entre traficantes de drogas; 2) tráfico de drogas entre as escolas e entre adolescentes; 3) roubo a bancos e a transportes de cargas.

Nossos jovens estão, portanto, no olho do furacão e, como se percebe, alguns em promiscuidade com o crime organizado, tanto no tráfico de drogas, como em quadrilhas de assaltos a bancos e veículos. Não se está mais lidando, portanto, apenas com o ladrãozinho pobre que bate uma carteira e sai correndo. São quadrilhas organizadas, armadas e profissionais e que atuam muito próximo à juventude, pois frequentemente envolvidas com tráfico de drogas. Além de representarem uma “oferta de emprego” bem remunerado,²⁰ em um mercado de trabalho pouco atrativo para os adolescentes.

O excludente modelo de desenvolvimento econômico brasileiro tem se revelado, portanto, muito eficiente em transformar *camadas da população em solo fértil para a criminalidade*.

A sociedade brasileira contemporânea apresenta um grande desnível entre as expectativas e as reais possibilidades socioeconômicas oferecidas aos filhos das classes populares, ou mesmo da classe média empobrecida, que é um bom caldo de cultura para a violência: o roubo pode se apresentar como uma alternativa ao trabalho, dentro de um modelo imediatista de conduta, típico de jovens – para que vou me esforçar para estudar e trabalhar, e depois ganhar uma miséria? Este pode ser tanto o raciocínio de um trabalhador de salário mínimo, quanto o de um futuro médico da rede pública de saúde. E no caso dos que habitam em territórios físicos e sociais em que impera a lei do mais forte, esta idéia pode resultar em condições selvagens de vida social, contexto que a ampla disseminação de armas de fogo certamente tem favorecido.

Como contrapeso, qual é o modelo de comportamento positivo (ídolos, ideologias, personalidades, lideranças) que tem contrabalançado, entre os jovens, o desencanto com o sistema e atuado como antídoto a escolhas imediatistas, como a criminalidade? Pesquisas revelam que cantores de pagode, jogadores de futebol e grandes astros de TV são as personalidades mais admiradas pela adolescência brasileira. Além dos visíveis limites para a ampla multiplicação dessas opções de vida na sociedade brasileira atual, o fato revela a importância exacerbada da grande mídia na formação dos adolescentes. E este é um fator muito preocupante, tanto quando se considera a má qualidade didática da grande mídia nesta virada do século, como quando se percebe que ela talvez

(19) Cepal, “Encuesta sobre seguridad ciudadana dirigida a las autoridades de 23 ciudades de América Latina y el Caribe, 1998”. *Panorama Social da America Latina*, Cap. VI, 1999.

(20) “Avaliação de assistentes sociais apontam para ganhos diários de iniciantes no tráfico que podem ir facilmente além dos R\$100,00 por dia” (*O Estado de S. Paulo*, 09.07.2000, p. C-3).

esteja deixando em segundo plano a escola e a família como influências fundamentais na socialização do indivíduo – o que certamente é facilitado por problemas atuais destas duas instituições: escolas inadequadas, famílias desestruturadas ou também extremamente sensíveis a idéias, hábitos e ídolos divulgados pela mídia, ou ainda desprovidas de ferramentas adequadas para inculcar valores sólidos em seus filhos, em função de suas próprias carências neste campo.

Mas é preciso ter sempre presente que não se pode fazer uma correlação simplista entre pobreza e criminalidade, pois *são inúmeras e diversificadas as causas que estimulam violência social* e, dependendo de cada localidade, elas têm pesos diferentes. Se os jovens mais pobres aparecem nas estatísticas oficiais como vítimas mais frequentes da violência, isto pode resultar também do fato de a Polícia ser mais ausente e ineficiente na proteção dos moradores de regiões em que habitam e circulam pessoas carentes. Desmentindo correlações simplistas entre pobreza e crime, a maioria dos pobres tenta viver sua pobreza com dignidade, como atestam a existência de milhões de pobres no Brasil, enquanto o número de ocorrências criminosas referem-se a não mais do que uns milhares de bandidos. Por outro lado, não têm sido poucos os exemplos de violência entre jovens mais abonados, como bem ilustram “troles” universitários com morte, vitimando calouros de faculdades de elite de São Paulo.²¹

Recente pesquisa²² focada em correlações entre situação socioeconômica e criminalidade, no Brasil, constatou que crises econômicas podem induzir os mais jovens a desvios de conduta, embora “não tire o adulto da vida honesta... É o filho adolescente dele que é empurrado para o crime”. E, pior ainda, “adolescentes, quando optam pelo crime, quase nunca retornam à vida de estudo e trabalho honestos, mesmo quando a economia se recupera”. Como arremate, os pesquisadores destacam que, com a melhora da economia, “as ondas de violência vão caindo lentamente, à medida que os jovens criminosos vão matando uns aos outros, (...). Na prática, é como se fosse uma pena de morte informal.” Em muitos casos, a Polícia seria a responsável pelas mortes.

Quando esse ciclo atinge filhos de classes mais abastadas, é ampla e publicamente divulgado para a sociedade e acarreta reações; quando envolve os mais pobres, as mortes não têm despertado o mesmo interesse nem da mídia nem de organizações sociais influentes. E jovens carentes vão morrendo no anonimato. Nada se faz na área preventiva e, uma vez envolvido na malha dos desvios de comportamento, ao adolescente pobre geralmente só resta tentar adiar sua morte.

(21) É o caso da ainda não esclarecida morte por afogamento de um calouro da Faculdade de Medicina da USP, durante o “trote”, no início de 1999.

(22) Mônica Viegas Andrade (Universidade Federal de MG-UFMG) e Marcus Lisboa (Fundação Getúlio Vargas-FGV/Rio), *O Estado de S. Paulo*, p. C1, de 09.07.2000.

6. Um cotidiano mediado pela violência

Documento²³ elaborado pelo Banco Mundial– BIRD ²⁴ considera que os aumentos dos índices de criminalidade e violência nas Américas já estariam *assumindo um caráter de epidemia*.

Esta concepção de violência como epidemia social parte do princípio de que um fato social complexo não se expande linearmente, mas em ciclos, semelhantes aos observados em epidemias, cuja explosão obedece “ao princípio do *tipping point*, ou seja, do momento em que o líquido transborda. (...) De repente, um aumento milimétrico da inclinação (de uma garrafa com líquido, por exemplo) pode produzir um dilúvio inesperado (...) completamente fora de proporção com o último gesto. O ponto onde isso acontece é o *tipping point*” (Calligaris, 1996²⁵).

Embora toda a população acabe vitimada pelo quadro epidêmico de violência, *as grandes vítimas têm sido os grupos em situação de maior vulnerabilidade social*: o documento do BIRD destaca uma maior incidência desta “moléstia” entre jovens e contra mulheres – considerados como grupos de risco – das camadas mais carentes da população. Adolescentes pobres costumam aderir (ter seu *tipping point*) à violência e à criminalidade no momento em que *algum fator os leva a desacreditar das regras do jogo, transformando a violência em principal mediadora de suas relações sociais cotidianas*.

Complementando essa linha de raciocínio, Pinheiro²⁶ destaca que “em São Paulo e na maior parte das metrópoles latino-americanas, há uma correlação positiva entre as comunidades pobres e a mortalidade por causa violenta (...) a população vive em moradias precárias, com insegurança no acesso ao trabalho, à renda e aos serviços básicos. Além disso, o Estado, em particular as agências encarregadas da ordem e da pacificação estão ausentes nessas pré-cidades, os excluídos abandonados socialmente à sua sorte”. É neste estado de coisas que *a violência pode passar a intermediar as relações sociais*, pois “sempre que o monopólio da violência física legítima do Estado se afrouxa, a sobrevivência do indivíduo depende da capacidade de manter sua reputação por meio de uma ‘ameaça crível de violência’”. Quando as “restrições sociais são relaxadas, e a violência é considerada um meio usual de resolução de conflitos, recorrer a atos de violência para resolver disputas na verdade pode ser encorajado”; uma mera afronta cotidiana pode assumir importância dentro dos mecanismos de manutenção de reputação e *status* face à comunidade.

(23) Apresentado em seminário promovido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID: “O Desafio da Violência Criminal Urbana”, Governo do Estado do Rio de Janeiro e BID, Rio de Janeiro, março de 1997.

(24) The World Bank, *Crime and violence as development issues in Latin America and the Caribbean*, Rio de Janeiro, março de 1997, mimeo.

(25) Contardo Calligaris. “A praga escravagista Brasileira”, *Folha de S. Paulo*, 22.09.1996, mencionando artigo de Malcolm Gladwell, do *The New Yorker*, de 03.07.1996.

(26) Paulo Sérgio Pinheiro, *Folha de S. Paulo*, 22.09.1996.

Este seria um processo perverso em desenvolvimento acelerado nas metrópoles do Brasil que, cada vez mais, expõem sintomas de violência em suas relações sociais,²⁷ com mais impacto entre os jovens. Uma média de 102 deles, entre 15 e 24 anos, são assassinados para cada grupo de 100 mil habitantes da mesma faixa etária na cidade de São Paulo; e entre os mais pobres os números atingem proporções alarmantes, chegando a 222 jovens por 100 mil habitantes, o que equivale a mais de dez vezes a média nacional de homicídios ou quatro vezes a de São Paulo.²⁸

E como são diversas as causas dessa endemia social que contamina adolescentes, trata-se de um fenômeno complexo que, como destacam inúmeros especialistas, *não pode ser combatido com uma só vacina e/ou remédio universal* — como a Polícia, por exemplo.

E a situação parece ainda mais crítica quando se sabe que o Brasil é um país rejuvenescido: o percentual de jovens cresceu tanto nos últimos 30 anos — correspondem a mais de 20% da população brasileira — que alterou a pirâmide populacional tradicional, aproximando-a da forma de cone, com a base mais estreita, uma vez que desde 1970 o índice de crescimento da população vem declinando.

7. Mais abonados e mais violentos

O perfil do jovem infrator paulista, traçado a partir dos internos da Febem²⁹ (que abriga 45,8% dos internos de todo o país), revela que eles *são mais abonados* e socialmente inseridos do que os pobres meninos de rua:

- 96,4% deles são homens;
- 60% brancos (para 21% de negros e 19% de pardos);
- 75,5% têm família e apenas 20% moravam nas ruas. Mas 50% só têm a mãe — 47% desses foram abandonados pelo pai e 26% são órfãos de pai —, e 11% só têm pai — 40% dos quais foram abandonados pela mãe e 42% são órfãos de mãe;
- Só 7,2% têm família com renda inferior a 1 salário mínimo, e 27,1% apresentavam renda familiar acima de 7 salários mínimos;
- 66,8% habitavam em imóvel próprio, e 77,7% em moradia com infraestrutura completa. 86% têm geladeira, 78% TV em cores, 65% aparelho de som, 21% carro e 4,5% computador;
- Apenas 14,6% dos pais estão desempregados;
- 12,3% dos pais são analfabetos, taxa próxima à média nacional.

(27) Para informações sobre o tema leia: Alba Zaluar; C. N. Albuquerque; J. de Carvalho Noronha. "Pobreza não gera violência", *Ciência Hoje* 115, nov. 1995, vol. 20; A. B. M. Camargo; Luiz P. Ortiz e L. M. Fonseca; "Evolução da Mortalidade por acidentes e violências em áreas metropolitanas", C. A. Monteiro (org.), *Velhos e novos males de saúde no Brasil*, Huicitec/Nupens/USP, São Paulo, 1995.

(28) Paulo Sergio Pinheiro. "As relações criminosas", *Folha de S. Paulo*, 22.09.1996.

(29) *Folha de S. Paulo*, 26.09.1999.

No tocante às infrações cometidas, apresentam as seguintes características:

**Jovem Infrator Detido, por Faixa Etária
Estado de São Paulo,
Setembro de 1999**

Idade	%
12 a 13	1,6
14	4,8
15	11,8
16	24,5
17	34,4
18	18,4
19	3,2
20	0,4
21	—
Indeterminado	0,9
	100,0

Fonte: Febem, 1999.

**Níveis de Reincidência
Estado de São Paulo,
Setembro de 1999**

Local	Primeira internação n.	%	Segunda internação n.	%
Capital	886	36,4	942	63,1
GSP	608	25,0	178	12,0
Interior	941	38,6	370	24,9
TOTAL	2.435	100,0	1.493	100,0

Fonte: Febem, 1999.

**Origem do Jovem Infrator
Estado de São Paulo,
Setembro 1999**

Origem	%	Origem	%
Capital	46,3	Interior	34,7
Resto GSP	18,8	Outra UF	0,1
Indeterminado	0,1	Total	100,0

Fonte: Febem, 1999.

Febem: Motivo de Internação
Estado de São Paulo,
Setembro de 1999

Motivo	N.	%
Roubo	2.360	60,1
Furto	269	6,8
Quebra de medida	221	5,6
Tráfico de drogas	218	5,5
Homicídio	197	5,0
Furto qualificado	142	3,6
Latrocínio	116	3,0
Porte de arma	93	2,4
Tentativa de homicídio	69	1,8
Porte ou uso de drogas	31	0,8
Estupro	29	0,7
Receptação	18	0,5
Atentado violento ao pudor	18	0,5
Lesão corporal com morte	14	0,4
Agressão	12	0,3
Falsidade ideológica	9	0,2
Lesão corporal grave	7	0,2
Dano ao patrimônio	7	0,2
Extorsão	7	0,2
Seqüestro	7	0,2
Extorsão mediante Seqüestro	6	0,2
Ameaça de morte	5	0,1
Estelionato	4	0,1
Violação de domicílio	4	0,1
Desvio de conduta	3	0,1
Não determinado	62	1,6

Fontes: Febem, *Folha de S. Paulo*, 26.09.1999.

Os internados na Febem, entretanto, representam apenas *em torno de 6 a 7% do total de infrações julgadas pelo Tribunal de Justiça*. A maioria dos desvios de conduta é sentenciada a outros tipos de medidas sócio-educativas, conforme a tabela a seguir:

**Penas Aplicadas pelo Judiciário
Estado de São Paulo
1995-99**

Ano	N. de Infrações Julgadas	PENAS (em %)						
		Perdão	Advertência	Liberdade Assistida	Prestação de Serviços	Internação	Semi-Liberdade	Reparação de Dano
1995	45.916	37,1	32,2	14,0	7,0	5,7	2,8	1,2
1996	47.480	37,2	32,5	15,4	7,4	5,4	1,1	1,0
1997	52.051	38,6	29,6	15,5	9,4	5,7	0,6	1,1
1998	56.130	41,0	25,2	15,2	9,7	7,1	0,8	1,0
1999*	38.931	43,1	22,5	14,4	12,0	6,2	1,2	1,0

Fonte: Febem e Faculdade de Saúde Pública da USP, 1999, *Folha de S. Paulo*, 31.10.1999, p. 33.

(*) Até 31.06.1999.

Desde 1995 tem ocorrido, portanto, um aumento constante do número de infrações, mais acelerado a partir de 1998 e explodindo em 1999. Mesmo assim, como em 1998 o número de jovens de 10 a 19 anos no Estado era de 6.590.420 (Fundação Seade), ao falar dos que cometeram infrações, está se referindo a cerca de 0,85% dos jovens paulistas, em torno de 7% dos quais serão internados, ou seja, 0,60% da juventude de São Paulo. *Isto evidencia que o verdadeiro temor da sociedade, quando se menciona a violência juvenil contemporânea, é sobretudo um problema qualitativo – os níveis de violência exibidos por alguns* (em roubos, homicídios) – e não quantitativo. E resulta mais da repercussão pública de casos em que jovem assaltante não hesita em metralhar vítima desarmada, do que da preocupação com as terríveis chacinas de jovens em favelas ou escolas pobres da periferia. Reflete sobretudo a sensação generalizada de que a Polícia é incapaz de reprimir e prevenir qualquer um desses eventos, deixando à população largada à sua própria sorte. Moral da história: tem segurança quem a compra ou a conquista “na marra”.

8. Estado: colocando o lixo debaixo do tapete

É inviável apresentar, no espaço de um artigo, um diagnóstico aprofundado sobre instituições públicas com atribuições na área, inclusive porque demandaria pesquisa especial para suprir a falta de levantamentos sistemáticos sobre elas. Mas é válido tentar uma breve reflexão a partir das informações disponíveis, atitudes e providências que iluminam algumas pistas sobre a atuação daqueles órgãos.

No tocante à Segurança Pública, os últimos 15 anos assistiram a uma mudança estrutural no perfil dos conflitos predominantes que envolvem a atuação do Estado, em comparação com as décadas de 70 e início de 80. Encerrado o período autoritário, com seus desmandos, militarização na área de Segurança Pública e

confronto bipolar truculento do Estado com contestadores do regime, observa-se a permanência de muitas dessas distorções – truculência e pouca sintonia com os conceitos de cidadania e comunidade – nos órgãos públicos encarregados da Segurança Pública. Socialmente predomina uma *violência de tipo difuso*, uma multipolaridade na qual o Estado é apenas um dos muitos atores destacados, que vem encontrando dificuldades de ajuste e para impor a lei. A debilidade, falta de coesão e incompetência que vem expondo, e não só na área exclusiva de Segurança Pública (polícias, presídios etc.), *não tem permitido ao Estado impor uma mediação pacífica dos conflitos sociais traduzidos em criminalidade, nem o adequado respeito à cidadania*. Os jovens são grandes vítimas desta situação.

Entre outras consequências nefastas, essas deficiências do Poder Público têm estimulado a “privatização” da segurança, com ricos pagando por ela e entrincheirando-se em guetos, enquanto em bairros pobres acaba se impondo a lei do mais forte, disseminando-se a justiça pelas próprias mãos – com extermínios, justiceiros e outras práticas terríveis similares, algumas delas com participação “extra-oficial” de elementos da própria Polícia.

Não que tudo isto seja novo no Brasil. O regime autoritário não esteve imune à corrupção e à inoperância na área de Segurança Pública – ao contrário, muitas distorções atuais são heranças daquele período –, ocorre que a cobrança – assim como a desilusão – por uma Justiça e uma Polícia eficientes e que respeite a cidadania, bem como por políticas sociais adequadas, certamente é muito maior e socialmente mais visível em relação a governos democraticamente eleitos. Da mesma forma, com o término da censura, ficam acessíveis para toda a população informações que expõem publicamente os fatos.

8.1 Judiciário: um campo a ser estudado

Uma análise aprofundada das Varas da Infância e da Adolescência é um objetivo que ainda demanda uma boa pesquisa de campo. Neste texto, tenta-se apenas uma breve colocação inicial, a partir de dados disponíveis.³⁰

Responsáveis pelo julgamento de desvios de conduta cometidos por jovens, observa-se que as Varas Especiais da Infância e da Adolescência têm exibido uma postura de evitar internações – que correspondem, em 1999, a entre 5 e 7% dos casos julgados. Ocorrências de baixíssima periculosidade tendem a ser perdoadas (cerca de 43%) ou a gerarem advertências (cerca de 20% dos casos). Também se observa um aumento de 1/3 das penas de prestação de serviços, apontando para outra tendência do Judiciário. Mas a decisão final ainda é resultante, essencialmente, da visão dos juízes envolvidos, e não de uma postura institucional.

⁽³⁰⁾ A este respeito, menciono a pesquisa “Crianças e adolescentes no Estado de São Paulo: organizações e atendimento – Judiciário: fatos e encaminhamentos”; Sub-projeto 2: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/Varas da Infância e da Adolescência; Coordenadora: Celia Soibelman Melhem; Nepp/Unicamp – CBIA, Campinas, 1993, mimeo.

Para fazer face às novas demandas, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem ensaiado algumas medidas modernizadoras dos serviços das Varas da Infância e da Adolescência, como, por exemplo, planejar e avaliar mais adequadamente os recursos humanos dos serviços sociais oferecidos e a qualidade das informações que eles geram, a partir da informatização. Essas iniciativas, entretanto, têm esbarrado em obstáculos e caminham lentamente.³¹ Oxalá este artigo possa ser de alguma utilidade para a aceleração deste processo.

8.2 *Governo do Estado: a espera de uma vontade política*

Menores infratores condenados a internação tem sido entregues à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor – Febem, órgão do Executivo Estadual paulista.

O custo mês do interno tem-se revelado alto (cerca de R\$1.700,00, em 1999) e as unidades de internamento estão superlotadas, o que se acentuou a partir de 1995. Em setembro 1999, por exemplo, com rebeliões eclodindo, havia 1.366 internos (95,03% destes na Capital) além da capacidade de 3.276 vagas das unidades. A oferta não tem acompanhado, portanto, a explosiva demanda social.

O mesmo descompasso pode ser observado com os recursos humanos da Febem. Desde 1995 houve um aumento de apenas 16% no quadro de pessoal, forçando cada monitor a cuidar de mais internos a cada ano. Em 1999, cerca de 4.186 funcionários trabalham na instituição, incluindo em torno de 1.718 monitores, com escolaridade de apenas 2.º grau.³² Com o constatado aumento da escolaridade dos internos, emerge um novo problema na instituição, quando se considera os obstáculos para que os monitores se imponham aos detentos, sem uso da força.

Os recursos materiais também não cresceram na proporção da demanda: 39,8% de aumento de recursos para 70% de elevação da demanda.³³

Consequentemente, as condições de internamento exibem desleixo, superlotação, ambiente inadequado à ressocialização, ainda que o gasto seja elevado. Parte dos internos fica simplesmente depositada ociosamente na instituição, já que apenas 23% fazem curso de iniciação à profissionalização e 64% cursam o ensino fundamental.³⁴ Não se pode afirmar que haja respeito integral ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

(31) Falta o básico, uma rede computadorizada que acompanhe, *on-line*, os serviços, em seu movimento e quanto ao perfil da clientela. Definida e testada a planilha suporte do Sistema de Informações dos Serviços Auxiliares das Varas, o projeto aguarda recursos.

(32) Recebem salário-base médio de monitor de R\$ 701,27; que pode dobrar com as horas extras (os do horário noturno ganham mais).

(33) *Folha de S. Paulo*, 31.10.1999.

(34) Na Funcap do governo do Pará, por exemplo, este índice é de 90%.

As crescentes fugas e rebeliões são mais um sintoma das inadequações da Febem:

**Número de fugitivos por ano da Febem
Estado de São Paulo
1995-99****

Ano	Fugitivos
1995	861
1996	836
1997	1.378
1998	1.217
1999	2.252

Fonte: Febem, *Folha de S. Paulo*, 31.10.1999.

(**) Até setembro de 1999.

Somente com a crise institucional de 1999 a administração do Estado (comandada pela mesma coligação partidária e programa de governo desde 1995) assume enfaticamente um discurso público por mudanças na Febem, acenando com a descentralização e a informatização das unidades de internamento pelo Estado e com a possibilidade de, a longo prazo, trabalhar com unidades menores e efetivar uma triagem adequada por faixa etária e periculosidade dos jovens internos. Também promete novas unidades, com atividades esportivas e culturais; promover a verificação processual dos internos e um estabelecimento específico para viciados em drogas. São antigas reivindicações de especialistas da área a espera de uma vontade que as transforme em política pública efetiva.

Enquanto as mudanças não se efetivam, 1999 terminou com medidas “tam-pão”, como a desativação de uma unidade problemática e seus internos emergencialmente abrigados em penitenciárias, e se rebelando.³⁵

Nesse mesmo ano, o Ministério da Justiça, através de seu Departamento da Criança e do Adolescente, alertou o Governo de São Paulo para a necessidade de reformular seus sistemas de justiça, segurança e atendimento ao menor infrator,

⁽³⁵⁾ Em 26.12.1999, 262 internos da Febem colocados no Cadeião de Santo André se rebelaram por 17 horas, com um saldo de um morto e sete feridos, um em estado grave. No dia 21 a Justiça havia mandado desocupar o local, em 30 dias no máximo, por considerá-lo impróprio para receber menores. Até o dia 27 a Febem não cumprira a ordem, alegando falta de instalações seguras para a transferência. O promotor da Infância e da Juventude Ebenezzer Salgado Soares afirmou que o local não tem condições de abrigar menores, porque foi projetado para presos adultos sentenciados. Considerou a irresponsabilidade do Governo do Estado a causa da rebelião, pois não poderia ter transferido internos do Complexo Imigrantes da Febem para penitenciárias (*Folha de S. Paulo*, 28.12.1999, p. C-3).

com a implantação de delegacias, varas criminais privativas e defensorias públicas especializadas no trato de jovens com desvio de conduta. Até aquele ano, isto já teria ocorrido em quase todos os Estados brasileiros.³⁶

Mas em 2001, ainda não se detecta sinais de mudanças significativas de rota,³⁷ ou seja, mantém-se a ênfase na repressão,³⁸ intercalada com ações emergenciais resultantes desta ênfase na repressão. São constantes os motins na Fundação Estadual de Bem Estar do Menor – Febem, com suas instalações inadequadas e lotadas, e prosseguem as acusações de permanência de um controle de disciplina freqüentemente apoiado em maus tratos e espancamentos.

Por outro lado, desconhece-se ênfase do Governo do Estado de São Paulo em programas expressivos de caráter preventivo e de reforço à cidadania junto aos jovens. Em um ato de boa vontade, pode-se considerar a prioridade da Secretaria de Educação de expansão do Ensino Médio, implantada a partir de 2000, com apoio de recursos internacionais, como um bom programa preventivo. A Secretaria da Segurança limita-se a declarações contra a revisão das responsabilidades penais e a considerar inadmissível menores cumprindo pena em presídios junto com adultos.

O que efetivamente se assiste é a uma incapacidade (ou falta de vontade) governamental, em todas as instâncias de governo, para definir e executar políticas que eduquem e integrem socialmente os jovens, sobretudo nos degradados espaços de miséria urbana. Como assinalou Dimenstein:³⁹ “preste atenção no noticiário e veja se alguma autoridade de expressão, do presidente, passando por governadores, prefeitos e parlamentares, discutem propostas para integrar o jovem com baixa renda e escolaridade ao mercado de trabalho. É como se a guerra já estivesse perdida, nada houvesse para fazer – exceto encaná-lo. (...) Tenta-se colocar o ‘lixo’ embaixo do tapete”.⁴⁰

(36) *Folha de S. Paulo*, 30.10.1999.

(37) Reportagem da *Folha de S. Paulo* de 27.07.2000 (p. C-11), por exemplo, destaca que o Sindicato dos Funcionários da Febem denuncia a ocorrência de práticas de violência sexual entre internos sob responsabilidade da Fundação – como no Cadeião de Pinheiros, onde 12 funcionários apenas atendem a 300 internos; e vítima que abriu a boca está jurada de morte.

(38) Salvo algumas políticas preventivas excepcionais, como o Projeto Guri, criado em 1995 pela Secretaria da Cultura, que desenvolve o potencial de crianças e adolescentes carentes através da música, atendendo a 7.000 deles em 27 pólos do Estado. Na mesma linha se insere a prioridade que passa a ser dada em 2000 ao Ensino Médio, pela Secretaria da Educação, apoiada por agências internacionais.

(39) Dimenstein, Gilberto; “Porque o Brasil é uma fábrica de marginais”, *Folha de S. Paulo*, 26.12.1999, p. C-8.

(40) Uma exceção foi o governo de Christovam Buarque no Distrito Federal, que criou a bolsa escola, buscando reter alunos em classe, pagando para isto. Embora inovador e internacionalmente premiado, o programa foi suspenso pelo governador sucessor, Joaquim Roriz.

8.3 Governos municipais: espaços estratégicos

Especialistas nacionais e internacionais são praticamente unânimes em apontar o poder local como instância privilegiada para desenvolver políticas públicas de prevenção a desvios de conduta juvenis. No tocante a Prefeitura Municipal de São Paulo – PMSP, cidade sede da maior parte das ocorrências envolvendo adolescentes, não há providência relevante a mencionar até 2000, quando se encerrou oito anos de uma linha de administração conservadora, com discurso a favor de penas repressivas fortes e total ausência de propostas alternativas de intervenção. A criação da Guarda Municipal foi sua “grande” contribuição à Segurança Pública, o que deixa bem claro seu enfoque eminentemente policial.

Outra medida deste grupo de ex-administradores da PMSP, sempre na linha repressiva, é a lei que obriga bares e restaurantes a cerrar portas à 1 hora da manhã. Há certa unanimidade quanto à ineficiência desta medida, de difícil fiscalização, e que pode até se tornar um incentivo a “pressões fiscalizadoras” sobre proprietários de estabelecimentos em bairros mais abonados, mas de eficiência nula em outras regiões da cidade. Até porque estudos da Secretaria da Segurança tem revelado que o horário de maior ocorrências criminais tende a ser entre 20 e 24 horas. Talvez não seja injusto dizer, portanto, que a Prefeitura de São Paulo se concentrou, na maior parte da década de 90, mais em demagogia repressiva do que em desenvolver políticas públicas de segurança eficientes.

Em 2001 assume uma administração nova, constituída por um grupo político radicalmente oposto a seu antecessor no espectro partidário paulista, mas seria precipitado realizar alguma avaliação de sua gestão. No discurso, há uma proposta de forte intervenção social, envolvendo projetos – como o de renda mínima – voltados para ajuda financeira a famílias que induza a uma maior retenção do jovem na escola.

As várias experiências pontuais que têm sido desenvolvidas por outras prefeituras do Estado ainda estão aguardando um levantamento abrangente das mesmas, para posterior avaliação.

8.4 Governo Federal: recursos bloqueados

Na administração federal, as propostas não se afastam das discussões mais tradicionais sobre repressão, ressaltando-se aí o Plano Nacional de Segurança lançado em meados de 2000.⁴¹ Existem algumas ações pontuais preventivas, de pequeno porte, promovidas pelo programa Comunidade Solidária.

⁽⁴¹⁾ Este plano, por ser nacional e amplamente divulgado pelo Governo Federal, merece uma avaliação mais aprofundada, tendo-se reproduzido aqui apenas o impacto de uma primeira leitura e a maioria das manifestações coletadas pela mídia, imediatamente após o anúncio do Plano. O então Governador de São Paulo, Mario Covas, chegou a comentar que São Paulo se compromete a diminuir a criminalidade – uma exigência

Manifestações do Ministério da Justiça – MJ⁴² têm valorizado reformas no Código Penal (*Folha de S. Paulo*, 15.10.1999), na linha resumida pelo quadro a seguir, tratando especificamente dos jovens no tocante ao item responsabilidade penal:

Contravenção	Situação atual	Porque mudar:
Uso de drogas	Dar um cigarro de maconha configura tráfico, considerado crime hediondo	Diminuir pena e descaracterizar como hediondo
Crime ecológico	Matar um animal dá prisão sem direito de fiança	Abrandar este tipo de pena
Estelionato	Estelionatário tem benefícios de longo prazo, caso se propoña a pagar o que roubou	Tornar esta punição menos branda
Responsabilidade penal	Menores infratores são soltos ao completar 18 anos	Infratores devem ser acompanhados quando atingem a maioridade
Crime hediondo	Sequestro e narcotráfico dão prisão em regime fechado, sem direito à revisão da pena	Lei deve ser revogada, por estimular fugas e rebeliões em presídios
Pena alternativas	Recurso pouco utilizado	Diminuir lotação dos presídios

Aparentemente, esta proposta do Ministério da Justiça é uma tentativa de se contrapor a uma idéia que ganha força na sociedade, já defendida por parlamentares: diminuir para 16 ou 14 anos a idade para responsabilidade penal. Segundo o Ministério da Justiça, até a criação do *Estatuto da Criança e do Adolescente* (1990), o extinto *Código de Menores* previa que o infrator que atingisse a maioridade penal ficasse à disposição do juiz até completar 21 anos. O Ministério considerou interessante aperfeiçoar este dispositivo. Também aventou a hipótese de nomear um grupo de juristas para repensar o *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Uma mudança no comando do Ministério da Justiça tirou estes projetos dos holofotes.

Ainda no tocante a políticas públicas federais, algumas situações são emblemáticas: a verba do Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente, vin-

do plano para oferecer maiores recursos aos governos estaduais –, desde que o Governo Federal, comandado por Fernando Henrique Cardoso, se comprometa a diminuir o desemprego. Considerando que Presidente e Governador são do mesmo partido (PSDB), parece que nem toda a organização partidária governista apostou no Plano.

(42) Ainda durante a gestão do Min. José Carlos Dias, depois substituído por José Gregory, aparentemente por entrar em rota de choque com outros setores do Governo Federal. Sob este novo comando, está difícil avaliar como essa proposta terá prosseguimento.

culado à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, apresentou dificuldades, em 1999, em despesar as verbas orçamentárias previstas (R\$ 18 milhões), para apoiar Estados e Municípios no atendimento a adolescentes com desvio de conduta: 86% dos recursos foram bloqueados em decorrência do ajuste fiscal; com os 2,5 milhões restantes foram assinados convênios no valor de 1,5 milhão, mas nada havia sido repassado até o começo de outubro, há três meses do encerramento do ano fiscal.⁴³ O Ministério alegava que as causas do bloqueio e do pouco uso do dinheiro é a falta ou a lentidão de apresentação de projetos pelos Estados. Eis aí mais um tema que mereceria um estudo e acompanhamento aprofundados.

9. Conformismo ou ousadia: cenários imediatos possíveis

As propostas governamentais divulgadas, desde meados de 1999, bem como as posições tradicionalmente encontradas na vida pública e em boa parte da sociedade, permitem ousar um desenho de possíveis cenários de políticas de justiça e segurança pública (ambas consideradas em um sentido complexo), no tocante à juventude, em um futuro imediato e a médio prazo.

Caso se agrave a violência que atinge os jovens – como parece sinalizar a epidemia de violência urbana que os envolve nas áreas metropolitanas do país – o Estado pode responder de diferentes maneiras, dependendo inclusive dos partidos políticos (e seus compromissos) que estejam à testa dos governos. As possibilidades podem ser resumidamente expressas em dois cenários possíveis, cujas sementes são visíveis nas posições das forças e dos atores sociais publicamente mais atuantes:

a) *resposta conservadora*, com objetivos imediatos, basicamente apoiada na repressão à criminalidade pela Polícia e por uma legislação dura;

b) *resposta transformadora*, valorizando igualmente metas a médio e longo prazos, *apoiando ações diversificadas* que valorizem a prevenção da criminalidade, bem como a atuação da Polícia associada com outras instâncias de organização pública e privada.

9.1 *Cenário conservador*

A predominar o cenário conservador, a situação da violência tende a ser tratada essencialmente *como um estado de guerra*. Nesse caso, a ocorrência criminal que mais sensibiliza a sociedade e suas autoridades é a que envolve delitos contra a propriedade antecidos de violência – nos quais jovens são especialmente temidos, pois está amplamente difundida a suposição de que são perigosamente descontrolados, em função de possível envolvimento com drogas.

⁽⁴³⁾ *Folha de S. Paulo*, 21.10.1999.

Esse cenário conservador tende a deixar em segundo plano outros crimes, mesmo que produzam mais vítimas fatais – como acidentes de trânsito e atropelamentos, chacinas ou mesmo crimes ecológicos. Isto sem falar na “vista grossa” com relação a crimes de colarinho branco, que podem vitimar todos os cidadãos, como superfaturamento em obras públicas, fiscais municipais corruptos, empresas que burlam o fisco etc. Para esse pensamento conservador, parece mais grave um carro roubado do que suborno de parlamentares no Congresso Nacional ou um tortuoso processo de privatização de empresas etc.

A acentuar-se esse cenário conservador, o temor social ao roubo e furto passa a ser tão forte que pode resultar, por um efeito multiplicador, em um entendimento generalizado de que, para resolver o problema de violência e dos desvios de conduta (inclusive dos jovens), a única solução possível é aumentar a confrontação e o castigo. Para não falar nos casos extremos de movimentos de defesa da pena de morte. Também serve de adubo à proliferação de grupos paramilitares de justiceiros, para “limpar as ruas”.

Nesta visão de mundo, quem apresenta desvio de conduta não tem qualquer direito e deve ser sumariamente julgado, com aplicação irrestrita de prisão preventiva e penas severíssimas. Qualquer preocupação com direitos humanos e convenções internacionais de direito no tratamento de réus equivale a “dar pão-de-ló para bandido”. O pensamento conservador tende a considerar um luxo desnecessário as garantias processuais que permitem a correta aplicação da lei para todos (sobretudo os pobres considerados delinquentes).

E esta percepção acaba permeando diversas camadas da sociedade civil, inclusive parcelas dos organismos encarregados da Justiça, da Segurança Pública e de ressocialização.

Esse pensamento conservador desconsidera o fato de que os sistemas penais mais repressivos, que desconhecem os direitos dos acusados, não têm se revelado mais eficientes para tutelar os direitos do cidadão comum. Ao contrário, tendem a aumentar a violência. Regimes militares repressores, como ocorreram recentemente na América Latina, são exemplo disto: não só deixaram muitos cidadãos desamparados,⁴⁴ como estimularam ou criaram órgãos públicos de segurança habituados a atuar acima da lei, muitos deles truculentos e/ou corruptos, que deixaram seqüelas e suspeitas, que ainda persistem, sobre a Polícia e o Exército.⁴⁵ O autoritarismo abriu espaço para impunidade e desvirtuamentos nos órgãos de

(44) Um Secretário da Segurança paulista à época, não hesitou em sugerir que as pessoas andassem armadas, se queriam segurança. Outro, o Coronel Erasmo Dias, não pensou duas vezes antes de mandar invadir a Pontifícia Universidade Católica – PUC, causando várias vítimas, já que muitos estudantes eram de oposição ao governo autoritário.

(45) Vide o rumoroso caso da bomba que explodiu no Rio Centro, durante um show popular para multidões, e que só não virou uma chacina creditada ao regime autoritário porque o dispositivo explodiu antes, nas mãos dos militares que o ativaram.

segurança latino-americanos (brasileiros inclusos), pois foram autorizados (ou assimilados) assassinatos realizados por organismos do Estado.

Diffícil crer que nasça, neste caldeirão conservador, uma Polícia democrática, comunitária e respeitadora da cidadania. O mais provável é a proliferação de episódios de policiamento selvagem – como na chacina da Candelária, no Rio de Janeiro – e a permanência de uma fronteira fluída entre Polícia e crime organizado, como têm revelado os inúmeros episódios de policiais envolvidos com criminalidade (em geral) e tráfico de drogas (em particular).

Em um cenário conservador, as respostas habituais ao problema da delinquência juvenil costumam ser:

- Aumentar e militarizar a Polícia;
- Aumentar e endurecer as penas;
- Aumentar o número de pessoas detidas.

A continuar a linha de atuação predominante nas diferentes instâncias de governo no Brasil, e em boa parte dos partidos influentes na vida política brasileira, este deverá ser o cenário predominante na área de Justiça e Segurança Pública, neste início de século XXI – e assim serão tratados jovens considerados infratores. *Conseqüentemente*, uma atuação transformadora só poderá emergir na sociedade civil, questionando e pressionando as instituições de governo. Mas aparentemente boa parte da sociedade também está fortemente sensibilizada por uma solução repressora, valorizando, quando tem poder aquisitivo, diferentes formas de segurança privada. Não admira portanto que, em muitos bairros carentes, o crime organizado ou justiceiros “supram” as falhas do Estado na garantia da segurança da população, e até as deficiências do setor privado na oferta de empregos – abrindo postos de trabalho para os jovens, postos de risco, porém com excelente remuneração.

9.2 *Cenário transformador*

O foco da atuação amplia-se para além da repressão, abrangendo um amplo espectro de atores sociais e de interferências na realidade:

- O problema da violência e da criminalidade é considerado complexo, extrapolando o âmbito da repressão e do castigo;
- Além da repressão, governo e sociedade valorizam políticas e ações “preventivas”, envolvendo esforços públicos institucionais de peso e consistentes;
- Parte da constatação de que o endurecimento penal nunca se mostrou eficaz para diminuir os níveis de violência, pois uma pena dura só costuma intimidar praticantes de certos tipos específicos de crimes – como consumo de drogas e homicídio –, não existindo uma relação comprovada entre gravidade da sanção e desestímulo ao ato criminoso – como bem comprova a proliferação de traficantes de drogas pelo mundo todo;
- Não “joga todas as fichas” da área de segurança pública em um maior número de detenções, na rápida retirada de circulação, muitas vezes sem respeito ou

critério, do maior número de suspeitos. Ao contrário, considera que não está comprovado que quanto mais presos existem, menos delitos ocorrem — como atestam os Estados Unidos, campeões mundiais em número de cadeias e em criminalidade. Ao mesmo tempo, estudos demonstram que países que exacerbam na prisão preventiva não só não diminuem a criminalidade, como geram novos problemas, como a superlotação prisional e suas notórias consequências nefastas — a prisão, mais do que um local de reeducação, passa a ser uma escola de crimes e fonte de rotulamento de quem por lá passou, transformando muitos presos de baixa periculosidade em criminosos perigosos e de difícil reinserção social;

- Além do aperfeiçoamento do sistema de Justiça tradicional e do encarceramento, são estimuladas outras soluções e meios de trabalhar os conflitos, antes de colocar os desvios de conduta em frente ao juiz;

- Valoriza a aplicação de penas alternativas;

- Está sempre alerta para que a punição não seja desproporcional ao delito cometido;

- Garante ao infrator todos os direitos humanos;

- Estimula a ação em diversas áreas de políticas públicas, procurando e testando alternativas viáveis no campo da prevenção e reinserção social;

- Profissionaliza e especializa uma Polícia para menores de 18 anos.

Uma postura transformadora destaca algumas áreas de políticas públicas a serem prontamente consideradas para reverter uma endemia de violência na América Latina e a vitimização do jovem, avaliando (como faz o Banco Mundial) que um fracasso neste combate pode se transformar em obstáculo intransponível para se alcançar crescimento econômico e social.

São elas:

- redução da pobreza urbana (melhor remuneração, mais emprego);

- *esforços específicos junto a “grupos de risco”, privilegiando-se camadas mais vulneráveis, como adolescentes e mulheres;*

- esforços para construir e reconstruir o capital social;

- *reforço da capacidade municipal de enfrentar o crime e a violência, incluindo programas que envolvam a comunidade;*

- reformas do sistema de justiça criminal.

Infelizmente, as posturas e ações mais correntes no atual cenário brasileiro e paulista, no tocante à condução da questão dos desvios de conduta entre os jovens, não favorece, a curto prazo, a consolidação de um amplo cenário transformador. No âmbito da sociedade civil, embora aumente e se diversifique o número de iniciativas positivas, algumas bem sucedidas, elas permanecem majoritariamente pontuais, sem força para conduzir — sem uma complementaridade com políticas públicas eficientes — uma transformação social de caráter amplo e permanente, como demandaria uma questão tão grave e complexa. E a área pública não tem correspondido a esta demanda. Nem a sociedade, através de seus seg-

mentos mais atuantes, tem exibido suficiente organização, constância e clareza de posições no encaminhamento do problema.

Certamente a omissão do Poder Público tem e terá consequências nefastas para a coesão do tecido social e na Segurança Pública brasileira, com forte repercussão junto aos jovens. Uma alteração consistente desse quadro negativo passa necessariamente por uma atuação política que coloque a problemática da juventude no centro do processo decisório dos governantes. Esta nova situação tanto pode se desenvolver no âmbito do governo, pelo domínio da máquina administrativa por um programa político-partidário que valorize o tema, como através da atuação de parlamentares e entidades civis que sejam eficientes na cobrança de políticas públicas adequadas e de respeito à cidadania por parte de governos pouco sensibilizados. Em suma, a mudança só virá pelo voto e/ou pela permanente ação organizada de forças influentes ou de parcelas significativas da sociedade.

Mas não se deve descartar a possibilidade de que as coisas ainda fiquem mais acentuadamente "conservadoras", caso parte substancial da população reaja à insegurança social com respostas radicais (com amadores usando armas para se defender, por exemplo) e/ou votando em políticos travestidos de xerife e clamando pela pena de morte, que nada mais valorizam do que carros com policiais despreparados correndo ameaçadoramente pelas ruas, promovendo "condenações" sumárias de suspeitos e desvirtuando o papel do Estado na garantia da segurança dos cidadãos. Nesse quadro de atuação governamental – tendo em vista a importância decisiva da área pública no equacionamento da questão da violência social –, a lei da selva tenderá, cada vez mais, a fazer um contraponto ao processo de consolidação do Estado de Direito no país, e parte dos jovens continuará estigmatizada ou vitimada, tendo ou não uma arma na mão. O adolescente pobre dificilmente terá oportunidade de ser "aborrecente", sem correr o risco de se transformar em vítima ou caso de Polícia.

8. ANTIGUIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.1

O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE INSPEÇÃO DA CASA DE CORREÇÃO DA CORTE, DE 1874, E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA BRASILEIRA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

FERNANDO SALLA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A inspeção das prisões no Brasil no século XIX – 3. O Relatório e o contexto do debate – 4. As críticas e as propostas da Comissão – 5. O Código Penal de 1890 – 6. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Este artigo situa historicamente a prática de fiscalização de instituições prisionais, no Brasil, no século XIX. Comenta a importância que tiveram os relatórios produzidos pelos grupos e comissões que percorriam aqueles locais. O artigo aborda, em particular, o *Relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte*, de 1874, procurando destacar a colaboração que esse documento deu para a identificação dos principais aspectos das condições prisionais daquele período. Trata, também, de apresentar a contribuição do Relatório para o debate sobre os rumos da política penitenciária brasileira no último quartel do século XIX e no início do século XX.

Palavras-chave: Prisão – Encarceramento – Pena – Isolamento – Crime – Criminosos – Império – República – Código Penal.

1. Introdução

Desde o início da era moderna, quando foram se disseminando de modo cada vez mais intenso, no mundo ocidental, os asilos, as prisões, os orfanatos, os manicômios estiveram esses locais sob o olhar desconfiado das próprias sociedades que os criavam. Mesmo sendo reconhecidos como espaços de exclusão social, não deveriam ficar à margem do ordenamento jurídico geral que envolvia a sociedade moderna. Por meio de visitas individuais ou de grupos formal ou informalmente constituídos, aqueles locais eram submetidos com regularidade à avaliação de suas condições de funcionamento. John Howard, ao inspecionar as prisões inglesas e no Continente europeu, talvez tenha sido um dos maiores exemplos da prática de verificação das condições dessas instituições ainda no século XVIII (Howard, 1941; Ignatieff, 1980).

Essa prática de visita ou inspeção de estabelecimentos fechados se amplia muito no século XIX, embora provocasse com frequência indisposição nas au-

toridades que os dirigiam. A preocupação subjacente era a inadmissibilidade de que esses locais submetessem os indivíduos ali internados à degradação de sua condição humana. O pressuposto dos homens daquele período era de que as instituições fechadas constituíam a melhor forma pela qual a sociedade podia responder ao crime, ao abandono, à loucura, à mendicância. Tidas como inevitáveis, sob essa perspectiva, não poderiam, no entanto, deixar de serem organizadas e funcionarem segundo os princípios de uma sociedade que se reconhecia como construtora do padrão de civilidade.

Dito de outra forma, as prisões, os orfanatos, os manicômios deveriam ter instalações adequadas para a vida dos indivíduos ali confinados, boas condições de higiene e alimentação e também uma organização que proporcionasse a realização dos objetivos esperados dessas instituições. No que diz respeito às prisões, no século XIX, elas eram vistas como um avanço importante em relação às práticas punitivas predominantes até então, que envolviam sobretudo os castigos físicos. O que se esperava das prisões era a requalificação dos indivíduos criminosos. Para tanto, o tratamento envolvia o isolamento, o trabalho, a educação e a religião.

No entanto, observadores individuais, grupos ou comissões de visita e inspeção frequentemente encontravam nas prisões arranjos arquitetônicos (iluminação, ventilação, temperatura, umidade) que impunham aos indivíduos inadequadas condições de existência. Constatavam, também, práticas de condução do dia-a-dia interno (silêncio, segregação disciplinar, castigos de toda ordem) que significavam a negação das expectativas de recomposição da alma dos criminosos. Não é de se admirar, nesse sentido, a profusão de propostas de reforma das prisões, ao longo de todo o século XIX, a partir dos diagnósticos que esses observadores faziam das prisões.

2. A inspeção das prisões no Brasil no século XIX

A formação de comissões inspetoras das prisões e outros estabelecimentos fechados, no século XIX, no Brasil, teve início com a lei imperial de 1.º.10.1828. Essa lei, ao reorganizar as Câmaras Municipais, previa como uma de suas atribuições a criação de comissões de visitas às prisões e estabelecimentos de caridade. Em São Paulo, a primeira comissão a ser constituída para tal fim data de 1829. O resultado do trabalho das comissões era geralmente apresentado por meio de relatórios que permitem o conhecimento das condições de encarceramento existentes em São Paulo nos anos 30 e início da década de 40 do século XIX (Salla, 1999; e para o Rio de Janeiro ver Moraes, 1923). Representavam essas comissões uma forma de monitoramento externo, que era exercido pela sociedade e pelos governos, sobre o andamento das prisões e outros estabelecimentos fechados.

Ao lado dessa forma de constituição de comissões para inspecionar os estabelecimentos fechados, houve também uma outra derivada da própria regulamentação das casas de correção de São Paulo e do Rio de Janeiro. Somente nessas

idades foram organizadas casas de correção destinadas ao cumprimento das penas de prisão com trabalho previstas no Código Criminal de 1830. Esses estabelecimentos tiveram seus regulamentos formalizados no início dos anos 50 e neles se previa a constituição de comissões de inspeção próprias para o acompanhamento de suas atividades. As comissões de inspeção possuíam pelo regulamento uma função de controle sobre o andamento geral da prisão e em particular sobre a mecânica das infrações e dos castigos a serem infligidos aos presos.

Composta por cinco membros nomeados pelo Governo, a Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, dentro das competências previstas no regulamento, tinha atribuições que ultrapassavam a mera verificação das condições da prisão e envolviam a participação direta na gestão do estabelecimento. Dessa forma, estavam previstas como tarefas da comissão: realizar a primeira classificação do condenado quando este dava entrada no presídio; resolver se a algum preso deveria "pôr-se ferros", em razão de reiterada quebra das normas e aplicação de punições; revogar ou modificar penas disciplinares impostas pelo diretor, quando não estivessem de acordo com o regulamento. Deveria também elaborar um relatório mensal, a ser publicado pela imprensa, sobre as condições do estabelecimento. A ela competia, ainda: examinar uma vez por mês toda a escrituração e contabilidade do estabelecimento; averiguar se as obrigações do diretor com relação ao pecúlio dos presos estavam sendo fielmente cumpridas; aprovar todos os contratos firmados pelo estabelecimento.

Aparentemente, essas comissões teriam um enorme poder em relação ao diretor do estabelecimento. Mas, ao mesmo tempo, o próprio regulamento previa que o diretor tivesse igualmente uma ampla margem de poder. Reconhecia que ele era o chefe do estabelecimento e que, apesar da "subordinação à Comissão Inspetora", poderia dirigir-se direta e imediatamente ao Governo, ao Chefe de Polícia e demais autoridades.

De qualquer modo, esse breve esboço deve ser suficiente para se evidenciar a importância que tinham essas comissões de inspeção para o funcionamento das casas de correção e em relação às repercussões que provocavam as suas observações apresentadas em relatórios e denúncias às autoridades e ao público em geral.

Um dos documentos mais importantes para a história das prisões, no Brasil, foi elaborado por uma Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, que era composta pelo Visconde de Jaguar, André Augusto de Pádua Fleury, Antônio Nicolau Tolentino, Luís Bandeira de Gouvea e José Augusto Nascentes Pinto. O relatório da comissão foi apresentado ao Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, em 1874.

Esse relatório é um precioso documento por duas razões: de um lado, apresenta um panorama das condições de encarceramento das prisões do Rio de Janeiro e descreve, detalhadamente, a situação da Casa de Correção da Corte; de outro lado, formula os princípios básicos em torno dos quais, nas décadas de 70 e 80 do século XIX, se fará o debate sobre a necessidade de novas formas de tratamento penitenciário e de reforma do Código Penal.

A avaliação das prisões da Corte, feita pela Comissão naquele relatório não apresenta muita novidade em relação às informações existentes sobre os locais de encarceramento que existiam no Rio de Janeiro e também São Paulo, na primeira metade do século XIX. As prisões eram, em geral, espaços improvisados, adaptados ou mal construídos e insalubres que eram provenientes do período colonial. Nesse sentido, as casas de correção constituíam exceção, na medida em que foram especialmente construídas a partir de projetos próprios para uma determinada finalidade que era a pena de prisão com trabalho. Mesmo assim, a Comissão não poupou críticas em relação aos erros no projeto original da casa de correção do Rio de Janeiro e quanto às alterações que foram sendo feitas durante a sua construção.

3. O Relatório e o contexto do debate

Ao lado das observações sobre as condições de encarceramento nas prisões do Rio de Janeiro, o Relatório da Comissão de Inspeção de 1874 vai inaugurar um importante debate na década de 70 sobre a necessidade de reforma do regime penitenciário brasileiro. As propostas ali formuladas foram decisivas para as alterações que apresentariam, posteriormente, o Código Penal de 1890 nessa área.

O Código Criminal de 1830 não determinava o sistema pelo qual as prisões deveriam se organizar. Ficava a escolha do modelo, e portanto do regulamento interno da prisão, a critério dos governos das províncias. Tanto a Casa de Correção de São Paulo como a da Corte se organizaram segundo o modelo de Auburn (trabalho em comum sob silêncio durante o dia e isolamento noturno). Ao longo de boa parte do século XIX, as opiniões se polarizavam entre esse sistema e o de Filadélfia, ou de Pensilvânia, que propunha o isolamento celular diurno e noturno para os presos.

Ignatieff (1980) observa que o modelo auburniano é mais behaviorista (ambientalista) ao propor um tratamento que atue diretamente sobre o corpo do condenado na tentativa de corrigi-lo por meio de um treino no trabalho. Já o modelo de Filadélfia (isolamento celular diurno e noturno) procura colocar na alma do indivíduo, na auto-consciência as possibilidades de correção.

O sistema auburniano implantado na Casa de Correção de São Paulo e na do Rio de Janeiro, poucas críticas recebeu entre 1850 e 1870. A base escravista da sociedade era, provavelmente, um sério impedimento para que o modelo filadelfiano triunfasse como predileto logo que as casas de correção começaram a funcionar na década de 50. Como pensar a regeneração de condenados de toda a ordem e origem social através de um sistema no qual o trabalho, quando existente, é mera recompensa e consolo para condenados que, isolados ininterruptamente no seu mundo celular, dão mostras de terem se arrependido dos atos criminosos que praticaram? A proposta de Filadélfia é de regenerar o indivíduo pelo isolamento na cela, onde trava ele um combate consigo mesmo, medita sobre o seu crime, recebe os conselhos do capelão ou do diretor. Deposita sua força na transformação da vontade. A mesma capacidade de uso do arbítrio que leva o

indivíduo ao crime o conduz também a sua regeneração. Há uma suposição implícita, de cunho igualitário, de que todos os indivíduos são capazes de usar livre e conscientemente o seu arbítrio. Já o modelo auburniano tributa suas esperanças de regeneração do indivíduo no trabalho fora da cela, duro e sob o silêncio. Pouco importa se qualificado ou não, desde que submeta o corpo do condenado ao exercício diário e contínuo. Há uma concepção aqui de que o crime é o avesso do mundo do trabalho. É pensado como a consequência de um alheamento do indivíduo das virtudes que o trabalho proporciona. Ócio e vícios de toda sorte o predis põem ao crime. Para os defensores do modelo de Auburn, a regeneração, assim, é menos a consequência de uma conversão da alma que brota da meditação e mais o resultado de um condicionamento do corpo promovido pelo trabalho na prisão. Não é difícil associar esse sistema a uma maior adequação à sociedade brasileira do século XIX, com a massa de escravos a ser conservada na sua posição no mundo trabalho, à margem dos direitos garantidos aos demais indivíduos e alvos de uma legislação punitiva discriminatória. Sociedade que tinha, ao lado de sua elite, uma extensa população de pobres no mundo rural, mas principalmente nas cidades, que para sobreviver movia-se perigosamente entre os caminhos do mundo dos pequenos e irregulares serviços e as atividades ilegais.

Dessa forma, o questionamento do modelo auburniano coincide com uma corrente de novas percepções sobre o encarceramento que se faz presente no Brasil no início da década de 70, e também em função mesma da crise do trabalho escravo que se arrastava no país há algum tempo. Embora surgissem defensores radicais da adaptação de nossas prisões ao modelo de isolamento absoluto, o que predominou, entre estudiosos e administradores, foi a adesão ao sistema irlandês ou progressivo que conciliava, com alguns acréscimos, o modelo auburniano e o de Filadélfia. Solução que se ajustou bem ao Brasil, uma vez que neste período eram revalorizadas, na Europa, as concepções em favor do isolamento absoluto como melhor caminho para o tratamento penal. Mantinha-se assim afinado com as principais tendências no plano mundial, e, ao mesmo tempo, não abandonava a preocupação em fazer com que a prisão exercesse, por meio do trabalho, um claro papel de disciplinamento. Nesse sentido, a Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte desempenhou papel fundamental ao criticar o sistema auburniano e ao mesmo tempo apresentar as bases de um novo sistema de organização das prisões.

4. As críticas e as propostas da Comissão

A Comissão não poupa críticas ao projeto de construção da Casa de Correção. Mas, a Comissão vai apontar, também, o que considerava falho no regulamento da Casa de Correção da Corte. O alvo principal era o modelo auburniano adotado ali, a imposição da lei do silêncio durante o dia, enquanto havia trabalho dos presos, e o isolamento noturno. Importante é que a Comissão não se colocaria a favor do sistema de Filadélfia, propondo o completo isolamento diurno e noturno na cela, como em geral se fazia, quando não era aprovado o de Auburn. Co-

nhecedores das experiências já em andamento fora do Brasil, os membros da Comissão defendiam que a melhor forma de tratamento para o criminoso encarcerado era não aprofundar o isolamento, mas justamente o contrário, considerá-lo como um ser social que deveria, ao término da pena, estar preparado para retornar ao convívio com a sociedade. Portanto, a prisão não deveria promover formas de existência, durante a pena, que aprofundassem ainda mais o isolamento da sociedade que, por si só, a privação de liberdade já provocava.

Outro aspecto fundamental que a Comissão julgava necessário estimular no indivíduo preso era o sentimento da esperança. Deveriam existir mecanismos que sinalizassem a melhoria nas condições de cumprimento da pena, de tal forma que o condenado recebesse recompensas pelo seu bom comportamento, e tivesse perspectiva de progressão de um sistema mais duro para um mais brando. Tais mecanismos eram vistos como essenciais pela Comissão como forma de fortalecer a moral dos presos e se encaixavam na proposta de um sistema que progressivamente fosse abrandando o isolamento do condenado.

O referencial da Comissão era o sistema de Walter Crofton adotado na Irlanda. O chamado modelo irlandês conciliava aspectos do modelo filadelfiano com o de Auburn com a adição de elementos como a penitenciária agrícola e a liberdade condicional que se destinavam a promover a inserção do criminoso na sociedade, numa escala do confinamento mais rígido para o seu abrandamento e obtenção da liberdade. O sistema progressivo ou irlandês compunha-se de três estágios. No primeiro – *penal stage* – durante alguns meses o preso deveria ficar recolhido à cela, no total isolamento, ali trabalhando muito pouco e submetido a uma dieta rigorosa. Período que não deveria ser muito longo para não abater física e psiquicamente o condenado. O segundo período era chamado de *reformatory stage* e nele os presos deveriam pernoitar na cela sozinhos e durante o dia trabalharem em comum. Neste estágio, os presos eram classificados em categorias, progressivas, de acordo com o seu bom comportamento. Os privilégios em cada categoria eram relativos à periodicidade das visitas, ao tempo de recreação e de conversa com outros presos, à diversidade de atividades dentro da prisão, à correspondência com pessoas de fora da prisão etc. Já no terceiro estágio – *testing stage* – o condenado passaria para uma outra prisão onde teria muito mais liberdade. Trabalharia em conjunto com outros presos, com possibilidade de comunicação, poderia usar suas próprias vestimentas, receberia uma quantidade maior de visitas e não precisaria estar submetido à prisão celular, mas habitaria alojamentos coletivos. Poderia ter um pedaço de terra para trabalhar. Uma vez adotado esse sistema, a Comissão Inspetora poderia encaminhar os nomes dos condenados que receberiam a clemência imperial.¹

(1) Embora a Comissão não detalhasse esse aspecto, os presos, nesse último estágio, de acordo com o seu procedimento, poderiam obter licença para sair da prisão e viver em algum lugar fixo, apresentando-se regularmente a uma autoridade policial (liberdade condicional).

Ora, quando se observa quais eram as principais críticas às prisões formuladas pelas autoridades nas décadas de 70 e 80 do século XIX, expostas nos relatórios dos Ministros da Justiça ou nos relatórios das autoridades policiais ou penitenciárias fica evidente que o documento apresentado pela Comissão de 1874 teve forte impacto sobre o rumo da história jurídica e penitenciária do Brasil, que se evidenciaria nas alterações apresentadas no Código Penal de 1890.

5. O Código Penal de 1890

Às críticas da Comissão quanto à organização das prisões juntaram-se, ainda, nas décadas de 70 e 80, outras voltadas para a multiplicidade de penas existentes no Código de 1830. Galés, açoites, pena de morte, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, multas etc. passaram a ser apontados como recursos anacrônicos de correção dos indivíduos. De todas elas, a única que era vista com maior simpatia era a pena de prisão com trabalho. Porém, na medida que no período imperial as províncias foram incapazes de criar estabelecimentos adequados para que esse tipo de pena fosse devidamente aplicado, exceção feita a São Paulo e ao Rio de Janeiro, que construíram suas casas de correção, considerava-se que ocorreria o completo fracasso em relação a esse tipo de pena.

O término da escravidão e a proclamação da República tornaram as condições favoráveis para que o Código de 1830 fosse substituído na direção daquelas críticas que vinham sendo desenvolvidas desde 1870. Os ideais de progresso que a República empunhava identificavam as práticas penais do período imperial com o que havia de mais retrógrado e obsoleto em matéria penal. Assim, o Código de 1890 previa a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes, ao mesmo tempo que abolia as penas de morte, galés e açoite. Juntamente com esta modalidade de encarceramento, o Código de 1890 previa ainda três outras, porém de uso muito restrito: a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar. De acordo com o art. 47 do Código, a pena de reclusão deveria ser cumprida “em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares”. Sua aplicação era prevista para os crimes políticos, para os que atentavam contra a Constituição política da República, contra o funcionamento dos poderes, ou ainda para aqueles que promoviam uma conspiração. A pena de prisão com trabalho seria cumprida “em penitenciárias agrícolas para esse fim destinadas, ou em presídios militares”. Estava prevista para poucas circunstâncias, dentre elas a de “mendigar, fingindo enfermidade” (art. 393). E a prisão disciplinar que, segundo o art. 49, deveria ser cumprida em “estabelecimentos industriais especiais, onde serão recolhidos os menores até a idade de 21 anos”. O alvo desta pena eram os maiores de 14 e menores de 21 que eram considerados vadios (art. 399). Em resposta ainda aos problemas que as penas do tempo do Império apresentavam, o novo Código estipulava que não haveria mais a de prisão em caráter perpétuo. E também que não poderia ela exceder a 30 anos.

No que diz respeito ao regime penitenciário, o Código Penal de 1890 trouxe importantes alterações. A ausência, no Código de 1830, de diretriz formal sobre

qual a forma de organização das prisões brasileiras provocou, em contrapartida, a determinação no Código de 1890 de um sistema específico que havia sido apontado, com ligeiras alterações, pela Comissão de Inspeção da Casa de Correção de 1874. Dessa forma, determinava o Código de 1890:

“Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras:

a) se não exceder de um ano, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração;

b) se exceder desse prazo, por um período igual à quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois anos; e nos períodos sucessivos, com trabalhos em comum, segregação noturna e silêncio durante o dia.

(...)

Art. 50. O condenado à prisão celular por tempo excedente a seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de aí cumprir o restante da pena.

§ 1.º Se não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento donde saiu.

§ 2.º Se perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dois anos.”

Assim, as bases do funcionamento de nossas prisões, até a adoção do Código de 1940, foram lançadas no Relatório da Comissão de Inspeção da Casa de Correção da Corte, de 1874. A idéia de uma progressividade no cumprimento da pena privativa de liberdade – do isolamento inicial ao livramento condicional – também havia sido formulada naquele documento e perduraria ao longo do século XX, com algumas alterações.

No contexto da Primeira República, a determinação do regime penitenciário previsto no Código de 1890 ficou, porém, no plano formal. Os relatórios de diretores de prisões e de chefes de polícia continuavam apontando para uma situação que permanecia inalterada no país: prisões deterioradas, presos misturados em locais inadequados para o cumprimento da pena, inexistência de prisões conforme estabelecia o Código. Ao mesmo tempo, as Disposições Gerais do Código Penal de 1890 já previam as dificuldades de superação dessa situação e determinavam as formas para viabilizar o não cumprimento do regime proposto. Assim, no seu art. 409, determinava o Código que “enquanto não entrar em inteira execução o sistema penitenciário, a pena de prisão celular será cumprida como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regime atual; e nos lugares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com aumento da sexta parte do tempo”.

São Paulo foi o Estado que mais decisivamente buscou efetivar as disposições contidas no Código Penal de 1890. No início do século, é criado o Instituto

Disciplinar; logo depois, surge a Colônia Correcional da Ilha dos Porcos. Em 1911, tem início a construção da Penitenciária do Estado, inaugurada depois em 1920. Nos demais Estados brasileiros, as iniciativas de construção de estabelecimentos próprios ou de organização das instituições já existentes foram tímidas e localizadas.

6. Conclusões

O Relatório da Comissão de 1874 teve uma influência fundamental no contexto da reflexão sobre a situação das prisões no último quartel do século XIX. Interferiu decisivamente nos termos em que se formulou o debate sobre a necessidade de revisão do Código Criminal do Império de 1830 e também sobre a forma pela qual deveriam se organizar as prisões. Propôs um sistema progressivo de cumprimento da pena de prisão que seria formalizado posteriormente no Código Penal de 1890. Esses aspectos, por si mesmos, indicam a relevância que esse relatório possui no âmbito da sua época e no período republicano que se seguiu.

Mas, o Relatório possui ainda uma importância que transcende o impacto provocado naquele período. Ao denunciar as condições inadequadas de encarceramento das prisões na Corte e em particular da Casa de Correção, o Relatório provoca uma reflexão inevitável sobre o presente, sobre o agravamento da situação prisional no país nas últimas décadas. Sugere que se avalie: como e por que sobrevivem há tanto tempo nas prisões brasileiras a superlotação, instalações inadequadas, falta de assistência de toda ordem, insalubridade, violência e morte?

A contribuição relevante, nesse sentido, é que os membros da Comissão tinham critérios claros de avaliação das prisões. Para eles, nada era possível em termos de emenda do criminoso sem oferecer condições dignas de encarceramento, condições básicas essenciais. "O Estado não tem o direito de empregar como castigo uma prisão, que por sua natureza e circunstâncias exerça influência perniciosa à saúde dos sentenciados; e, sob o ponto de vista da instituição, todos os esforços para a reforma moral serão ineficazes, se não forem acompanhados dos meios necessários ao bem estar físico" (*RMJ*, 1874:216).

Além disso, outro ponto fundamental que a Comissão propunha era o reconhecimento do direito do preso a ser respeitado pela sua natureza intelectual e racional. Qualquer tratamento penitenciário deveria respeitar a dignidade de homem, que o preso nunca perde, mostrar-lhe e ensinar-lhe "os meios de se regenerar, dando-lhe mão amiga e inspirando-lhe confiança, em vez de o maltratar e humilhar" (p. 231).

Respeito à integridade física dos presos, respeito à sua dignidade como pessoa. Embora sejam tais formulações do Relatório problemáticas na sociedade escravista do século XIX, pautaram avanços importantes em relação ao Código Penal e à forma de organização das prisões.

Bibliografia

HOWARD, John. *The state of the prisons*. 1. ed. London : J. M. Dent & Sons Ltd, 1777, [1941].

IGNATIEFF, Michael. *A just measure of pain – The penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*. New York : Columbia University Press, 1980.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. “Relatório da Comissão Inspetora da Casa de Correção da Corte”. *Relatório apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira Sessão da Décima Quinta Legislatura pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça Dr. Manoel Antônio Duarte de Azevedo*. RMJ, Rio de Janeiro : Typ. Americana, 1874.

MORAES, Evaristo de. *Prisões e instituições penitenciárias no Brasil*. Rio de Janeiro : Liv. Ed. Cons. Cândido de Oliveira, 1923.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo : Annablume, 1999.

8. ANTIGUIDADE DE DIREITO CRIMINAL

8.2

RELATORIO DA COMMISSÃO INSPECTORA DA CASA DE CORRECÇÃO DA CORTE

(Relatorio apresentado á Assembléa Geral Legislativa
na Terceira Sessão da Decima Quinta Legislatura
pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça
Dr. Manoel Antonio Duarte de Azevedo)*

(*) Publicado pela Typographia Americana no Rio de Janeiro em 1874. Neste volume reproduzimos por fac-similes a mencionada edição.

RELATORIO

APRESENTADO A

ASSEMBLÉA GERAL LEGISLATIVA

NA

TERCEIRA SESSÃO DA DÉCIMA QUINTA LEGISLATURA

Pelo

MINISTRO E SECRETARIO DE ESTADO DOS NEGOCIOS DA JUSTICA

Dr. Manoel Antonio Duarte de Azevedo



RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA AMERICANA—RUA DOS OURIVES N. 19

1874

RELATORIO

DA

COMISSÃO INSPECTORA DA CASA DE CORRECÇÃO DA CORTE

Illm. e Exm. Sr.

Em observancia do regulamento de 6 de Julho de 1850 a commissão inspectora apresenta a v. ex. o relatorio do estado da casa de correcção e algumas reflexões sobre o regimen que foi adoptado.

Construcção e condição do edificio.

A 19 de Outubro de 1833, tendo o governo resolvido erigir uma penitenciaria, escolheu nos arrabaldes desta cidade o lugar que lhe pareceu mais conveniente o sadio, pela sua situação em uma meia collina. No anno seguinte, o relatorio apresentado á assembléa geral legislativa assim communicou este melhoramento:

« Na côrte ainda ha poucos mezes pôde o governo dar começo a uma obra de tanta importancia, e que tanto deve influir sobre os costumes, e a moralidade do povo. Procurava-se um local proprio, e onde se podesse construir com vantagem um edificio semelhante aos em que em outras nações offerecem as proporções necessarias para que o systema penitenciario produza os effectos saudaveis, que delle se têm colhido. Uma grande chacara em Catumbý, mui proxima á cidade, com sufficiente agua e grande pedreira, em lugar arejado e saudavel, junto a um canal que communica para o mar pelo lado do cortume, e que torna facil a conducção dos materiaes para a obra, e do sustento aos presos, era a unica que offerecia as melhores proporções, e que o proprietario pretendia vender. Toda ella com o edificio, ferramentas e grande porção de cal foi comprada por 80:000\$000. pagaveis em letras por

espaço de tres annos. O governo, continuá o mesmo relatorio, deu logo começo a ésta importante obra, segundo o plano de uma casa de correção dos Estados Unidos, que tem merecido grandes encontros, e nomeou uma commissão de cidadãos probos para a inspecção. »

Em Setembro daquelle anno, esta commissão, expondo a planta, declarou que a extrahira dos desenhos e reflexões publicadas em 1826 pela commissão de uma sociedade ingleza para melhoramento das prisões correccionaes.

Era o edificio projectado conforme o systema de trabalho em commun durante o dia e isolamento á noite, o que se deprehende principalmente das dimensões dos cubiculos, que têm de comprimento 2^m,64 sobre 1^m,65 de largura e 3^m,08 de altura, muito menores que os das prisões de Mountjoy, em Dublin; Pentonville, em Londres; Bruchsal, em Baden, e Nuremberg, na Baviera, cujas cellas, destinadas á separação tambem durante o dia, so estendem a 4^m,62 de comprimento, 2^m,64 de largura e 3^m,30 de altura.

A prisão deveria comprehender depois de prompta 800 cellas ou cubiculos em quatro raios, saindo todos do centro para a extremidade com 200 cubiculos cada um. Do edificio central, onde ficariam a capella e a residencia do director, partiriam, intercaladas aos raios, as officinas para os presos.

Pretendeu-se adoptar a construcção panoptica, de modo que o director podesse, na phrase de Bentham, vêr tudo, saber tudo e cuidar de tudo. Os inspectores, reza a exposição da planta, poderiam do centro observar todo o interior dos salões dos presos.

Infelizmente, essa planta era pura cópia, sem pensamento assentado, nem conhecimento do systema.

Quando se projectava e assim se delineava a nossa primeira penitenciaria, a reforma das prisões nos Estados Unidos tinha feito já grandes progressos e attrahido a attenção dos estados da Europa; antes porém de realizal-a, commetteram estes o seu estudo a cidadãos habilitados, mandando a Prussia o dr. Julius, a França Beaumont e Tocqueville e depois Demetz e Blouet, e a Inglaterra, em 1833, Crawford, cujos trabalhos suggeriram ao governo inglez o estabelecimento de uma prisão modelo em Londres, construida em dous annos, de 1840 a 1842, conforme o systema de completa separação ou isolamento. Assim não deixou de o fazer a propria Inglaterra, que aliás sessenta annos antes tinha já adoptado as idéas de Howard, decretando até as dimensões das cellas para a prisão em separado (*separate confinement*).

Nós, pelo contrario, procedendo com a mais notavel precipitação, deviamos pagar caro o fructo da inexperiencia. Por isso dezeseis annos depois, um dos antecessores de v. ex., referindo-se á casa de correção, dizia:

« Ella tem já custado aos cofres publicos, até o anno financeiro, enormes sommas. Entretanto bem se póde dizer que está em principio, pois o que falta para a sua conclusão excede mais de quatro vezes ao que está feito; por quanto,

dos quatro raios, só o primeiro está em construção, e nesse, além do que falta para se dizerem concluídas as cellulas e officinas do lado do nascente, as outras apenas têm os alicerces. »

Não fôra realizada a construção panoptica, por que do oclógono ou observatorio não se avistarão as portas das cellas; poderão ser inspecionados unicamente os corredores centrais do pavimento, em que estiver o guarda. Para estes corredores, que dividem os raios em todo o seu comprimento, deitam apenas as vigias ou pequenas janellas collocadas no fundo de cada cella.

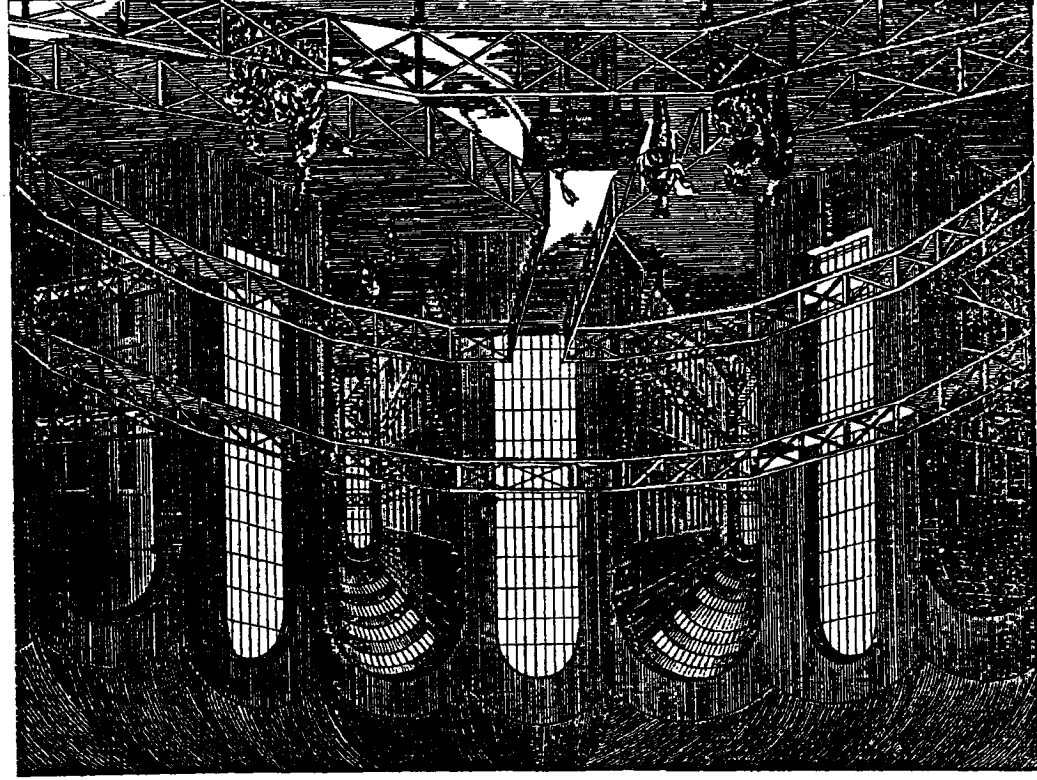
No estylo panoptico os edificios da prisão, propriamente dita, convergem a um centro commum, donde se observam perfeitamente todos os corredores das cellas, cujas portas collocadas de um e de outro lado dão facil accesso aos guardas.

O observatorio e os corredores são abertos desde o sólo até o tecto, de modo que sempre conservam o ar e a luz necessarios, e facilitam a ventilação e a inspecção do interior. Na extremidade ou no centro de cada corredor ha uma pequena escada que conduz ás cellas dos andares ou ordens superiores; ha tambem no observatorio escadas de communicação com as galerias que dão entrada para as cellas. Os edificios têm de ordinario dous ou tres andares e ás vezes mais, se maior é o numero de presos. Communica-se com as cellas das ordens superiores por meio de galerias suspensas que dominam toda a extensão das paredes internas e circulam o observatorio.

Na prisão de Pentonville, por exemplo, o observatorio onde se reúnem os guardas sob a inspecção do director, é cercado de galerias collocadas ao nivel das que dão accesso ás cellas das differentes divisões. Uma escada estabelece communicação entre essas galerias e o pavimento terreo. As cellas são dispostas em tres ordens e dão para o corredor que atravessa em sentido longitudinal o centro de cada raio. A ordem inferior fica ao nivel do sólo; as superiores communicam com as galerias fixas ou suspensas nas paredes internas dos raios.

A penitenciaria de Nuremberg, construída ha tres annos, offerece-nos um bello modelo do estylo panoptico. A muralha que cinge a prisão tem apenas 9",90 de altura, mas os corredores dos raios elevam-se a 26",40 e vão affluir ao centro, donde os guardas os inspecionam a todos de um golpe.

Cada corredor tem 15",18 de comprimento. A largura no centro, junto ao observatorio, é de 0",99; mas vai augmentando gradualmente para o lado da circunferencia até 4",62 no ponto em que termina o raio. Cada raio consta de quatro andares; estes contêm trinta e quatro cellas; comprehendendo toda a prisão vinte e quatro quartos para guardas internos, oito de depositos para diversos fins e quatrocentos cubiculos ou cellas para os convictos ou condemnados. As galerias dos raios communicam-se entre si, e no segundo andar vão ter ao observatorio, que está assentado sobre pilares, como melhor faz comprehender o desenho junto.



Leit. Imp. de Nürnberg Nov. de 1891.

A NOVA PRISÃO DE NÜRNBERG

O estylo panoptico assim descripto, além de concorrer para maior vigilancia, facilita aos condemnados o passeio de uma hora por dia nas galerias, estando fechadas as cellas cujas portas são de madeira chapeada de ferro, como se projectára na casa de correccão do Rio de Janeiro.

Aqui, porém, cada corredor tem seu pavimento e sua abobada particulares.

O relatório de 1840 assim descreve o progresso das obras do raio, que fica junto á montanha: « O seu andar terreo está dividido em cincoenta cubículos, e tres corredores *fechados em abobada*, tendo o do centro cincoenta vigias ou janellas com grades de ferro já collocadas: estão tambem já postas trinta e nove portas de ferro, e feitas duas escadas de cantaria no tópo do lado do sul com viute degrãos cada uma. Acha-se levantado o primeiro andar, dividido em outros cincoenta cubículos, com as paredes divisorias e tendo já as grades assentadas nas cincoenta vigias do corredor central, *que está fechado em abobada e forrado de cantaria*. » E assim o segundo e o terceiro andares, que depois se construíram.

Estando a concluir-se este raio, foi encarregado o dr. Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, hoje barão de Penedo, de formular um projecto de regulamento, sobre o qual, depois de ouvida a secção dos negocios da justiça do conselho de estado, se expediu o decreto n. 678 de 6 de Julho de 1850.

Tinham sido removidos para alli os condemnados á prisão com trabalho, que viviam juntamente com outros presos na cadeia do Aljube, como antes na de Santa Barbara.

Era o primeiro passo que davamos para a reforma das prisões, passo acanhado, que nos tinha custado já incalculaveis sacrificios. Começava-se a reflectir sobre a conveniencia do estudar os systemas antes de proseguir na construcção da casa projectada.

Em 1851 dizia o governo ao corpo legislativo:

« A experiencia vai mostrando a necessidade de alterações importantes nos raios que tivermos de construir: bom é deixar que o tempo nos habilite a proceder sem precipitação não só a este respeito, como e principalmente da preferencia entre o systema de Auburn, adoptado, e o da Pensylvania, que tem por si tantas opiniões theoricas e praticas de outros paizes. »

Outras necessidades deviam influir para a continuação das obras.

Em 1851 os presos do municipio eram distribuidos do seguinte modo: os que estavam em custodia ficavam no xadrez da policia, como até hoje; os indiciados e pronunciados, na cadeia do Aljube; os condemnados a prisão simples, na fortaleza de Santa-Cruz; os condemnados a galés, na Ilha das Cobras, onde trabalhavam nas obras do dique.

A falta de uma casa de detenção não tinha sido supprida apesar da lei de 17 de Setembro de 1851, que autorizára o governo para applicar as sobras

da verba consignada no art. 3º § 14 á construção de uma cadeia seguido o systema cellular; levantára-se a planta e designára-se para esse fim um terreno publico na rua do Areal; mas a autorização deixou de ser aproveitada. O Aljube, porém, não podia conter o grande numero de presos que lhe eram destinados, por que não reunia as condições de salubridade e segurança que a humanidade e a justiça reclamam. O seu estado e condições não eram melhores que as descriptas em 1838.

« Apesar de todos os melhoramentos parciaes, reza o relatorio desse anno, nunca a prisão do Aljube será uma prisão salubre e segura. Situada na encosta da montanha da Conceição, o seu pavimento terreo é um deposito das humidades, que marejam da mesma, e que muito augmentam os principios de corrupção, que se geram em semelhantes casas: a má collocação e construção de seus depositos e esgotos, a vaporação de tantos individuos de diversas côres alli acucunhados, reunida á falta de ar, e ao intenso calor, formam uma atmosphora tão pestilente, que até incommoda os arredores da prisão. E' sobre tudo horrorosa a destinada ás mulheres: é ella um pequeno quarto ao nivel da rua, sotoposta a uma prisão de homens, que fazem provar a essas infelizes victimas da miseria, além dos incommodos da prisão, os insultos mais grosseiros e a linguagem mais crapulosa. Pelo que respeita á segurança são as suas paredes e os seus alicerces nimiamente fracos, e não podem por isso prestar a precisa resistencia ás continuas tentativas de arrombamento: os seus tectos especialmente são de extrema fraqueza, e dão facéis meios de evasão. »

Tinha-se mandado visitar as penitenciarias dos Estados-Unidos da America, e estudar, nos resultados praticos e quanto a outras condições, os systemas de prisão cellular absoluta ou de Pennsylvania, e o de prisão cellular durante a noite sómente, ou de Auburn. O encarregado desses estudos pronunciára-se pelo primeiro, e o governo resolveu construir o segundo raio da casa de correção de modo que em todo o tempo se pudesse ensaiar nelle a prisão cellular absoluta, destinando-o provisoriamente para casa de detenção. As condições da construção constam do aviso que, a 11 de Março de 1856, foi dirigido ao engenheiro encarregado de organizar a planta respectiva.

« Adoptando o systema cellular para esta construção, declarava no anno anterior o illustrado antecessor de v. ex., não adopto todavia como principio absoluto, como condições da detenção a separação individual e o trabalho forçado, os quaes devem ser excepção: a regra é a aggregação por classes, e estas com subdivisões tão arbitrarías e disericionarias como são variaveis e relativas as condições individuaes. Sujeitar todos os individuos de qualquer classe e posição social, sendo sómente detidos e indicados, ao isolamento e ao trabalho, é repugnante aos nossos habitos e educação, é uma violencia sem razão plausivel, é tornar o delicto de peor condição que o condemnado, sendo como é a pena da prisão com trabalho regulada pelo systema do Auburn, e a detenção conforme o systema da

Pensylvania. Em quanto a necessidade de descobrir a verdade o exigir, seja o preso isolado; cessando esta necessidade, só devem ficar isolados os perversos, os máos, cujo contacto se teme. Seja obrigado a trabalho aquelle que só vive dello, o vadio, o devedor dotido e outros que por motivos especiaes o devam ser; aos demais seja elle livre e não imposto: assim que convirá que as cellas tenham capacidade para um, dous, tres e quatro presos. »

Eram as idéas preconisadas em França, onde em 1853 circulares ministeriaes recommendaram o abandono do systema cellular e a adopção de divisões por classes distinctas, segundo a idade, a situação legal, e gráo presumido de perversidade; mas essas idéas foram repudiadas dezeseite annos depois, por se ter reconhecido que a quantidade consideravel de reincidencias se devera attribuir ao vicio do regimen pela promiscuidade dos detentos em quasi todas as prisões; aconselhando-se então no mesmo paiz, que o proclamára, a reconstrucção das prisões departamentaes segundo o systema cellular para os pronunciados e accusados, e até para a maior parte dos condemnados correccionaes, como consta da exposição de motivos de um projecto de lei que na sessão de 11 de Dezembro de 1871 o visconde de Haussenville apresentou á assembléa nacional.

O novo raio penetrou pelo terreno destinado á área de communicacão com a torre, o ficou com o comprimento de 67^m,76 sobre 15^m,18 de largura; dimensões maiores que as do raio construido conforme o systema de Auburn, o qual não excede a 60^m,16 do comprimento, e 16^m,50 de largura. Compreheendo, em vez de quatro ordens com duzentas cellas, dous pavimentos com sessenta divisões; no terreo contam-se quarenta cellas, tendo cada uma 3^m,93 de altura, 2^m,68 de largura, e 5^m,46 de comprimento; e no pavimento superior vinte saletas ou quartos, cuja largura é de 5^m,52 sobre 5^m,46 de fundo e 4^m,26 de altura. Estas dimensões mostram que no pavimento superior não se adoptou o systema cellular, visto como cada divisão tem capacidade até para sois presos.

Alterada assim a architectura e o plano primitivos, o segundo raio passou a servir provisoriamente, e ainda hoje serve de casa de detençaõ.

Além destas prisões, construíram-se dous raios de officinas, tendo-se concluido um ultimamente pela diminuta quantia de 20:000\$000; o que revela a zelosa administração do actual director, o sr. dr. Luiz Vianna do Almeida Vallo.

Têm-se feito tambem obras extraordinarias e provisórias, sendo, dentro das muralhas, dous calabouços construidos junto á porta principal para os condemnados a galês, uma officina para canteiros e outra para ferreiros; fóra o calabouço para escravos, o collegio dos menores, hoje extincto, e a casa da administração.

São estes os edificios da projectada penitenciaria, que bem desenhiam a vacillação do pensamento sobre o regimen, que se pretendia ensaiar, ha quarenta annos; muito se despendeu, e pôde-se dizer que não se tem conseguido ensaiar systema algum.

Assim devêra ser, visto como a adopção do systema não precederam os estudos indispensaveis, accrescendo infelizmente que necessidades de outra ordem, como a falta de casas de detenção e de execução de outras penas que não a de prisão com trabalho, deixaram de ser attendidas depois da extincção do Aljube e das antigas prisões; agglomerando-se no ainda nascente edificio presos e sentenciados de todas as especies com prejuizo da disciplina, por melhor que fosse o regimen adoptado, e com perturbação do plano, que aliás começara errado.

Administração da prisão.

Esta administração devia ser composta do director, capellão, dous medicos, vedor e dous amanuenses, guardas e chefes de officina, e um ou mais professores de leitura, escripta e principios de arithmetica, como se deprehende do art. 168 do regulamento. Mas as circumstancias acima mencionadas não podiam deixar de influir no pessoal.

Já em 1837, quando se começava a construir o primeiro raio, foram removidos para a casa de correção os escravos presos no calabouço do Castello; em 20 de Abril de 1856 os detentos do Aljube, prisão que então se pretendia destinar para casa de execução de sentença; e a 17 de Junho de 1859 os condemnados a galés e á prisão simples, antes aquartelados na fortaleza de Santa Cruz.

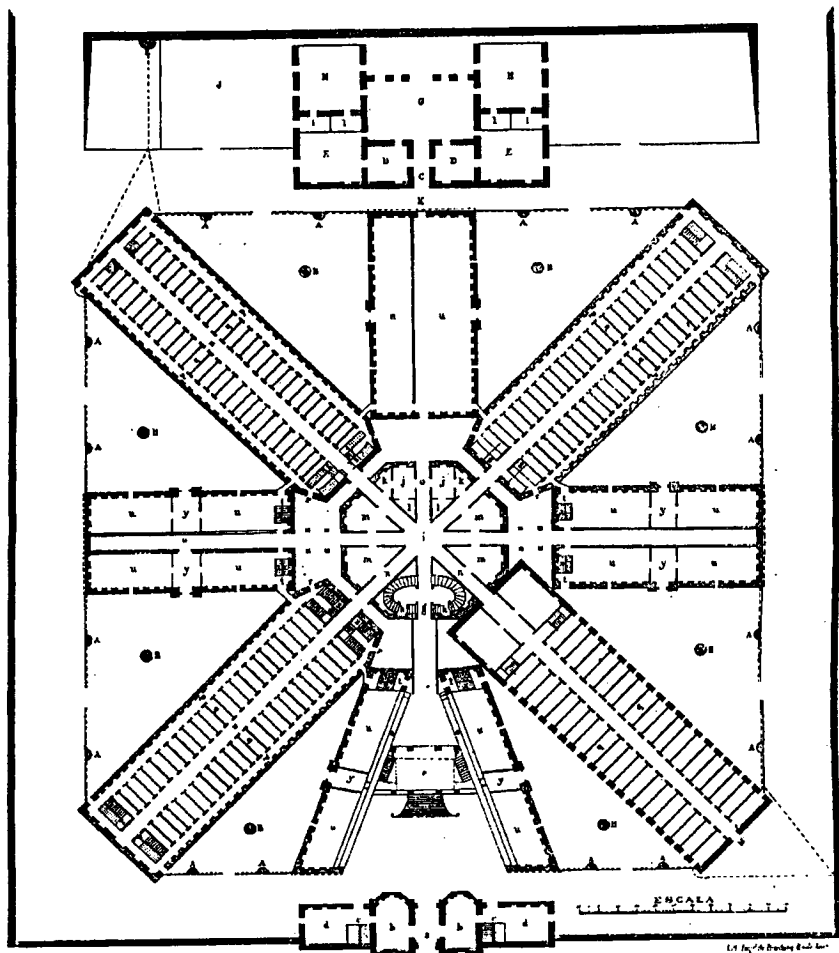
Creou-se um deposito de africanos livres, um instituto de menores artesões e uma secção de bombeiros; e, proseguindo-se nas obras do edificio projectado, e tendo-se de construir as indispensaveis para o alojamento do pessoal das novas instituições, ficou o director da casa de correção encarregado tambem das respectivas administrações.

Desaunexou-se depois a casa de detenção, extinguiu-se o instituto dos menores artesões, cessaram a secção de bombeiros e o deposito de africanos; mas ainda hoje o director tem a seu cargo — os condemnados a galés, os condemnados á prisão simples, o calabouço de escravos, e as obras.

Estes e outros serviços deram origem a uma repartição especial, cuja necessidade tem sido reconhecida por todos os governos, — a secção de contabilidade com um chefe e seis escripturarios.

Parece conveniente definir em novo regulamento as attribuições de todos esses funcionarios, marcando-lhes maiores vencimentos e garantindo-lhes o futuro com direito á aposentadoria nos casos, em que são favorecidos os outros empregados do ministerio da justiça.

PLANTA DA CAZA DE CORRECÇÃO DA CÔRTE.



EXPLICAÇÃO

- | | | | |
|------------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------------|------------------------------------|
| a <i>Entrada principal;</i> | k <i>Cazas para os choveiros;</i> | x <i>Entradas para os</i> | E <i>Cazas das arrecadações;</i> |
| b <i>Cazas para o Porteiro e</i> | l <i>Depósito das chaves;</i> | <i>refectorios que são nos</i> | F <i>Escalas para as cazas de</i> |
| <i>Escrivão;</i> | m <i>Quartos dos guardas;</i> | <i>andares superiores;</i> | <i>arrecadações no andar</i> |
| c <i>Escada para o sobrado;</i> | n <i>Corredores das vigias dos</i> | y <i>Sala onde devem estar os</i> | <i>superior;</i> |
| d <i>Cazas de banhos;</i> | <i>dormitórios;</i> | <i>inspectores para conterem</i> | G <i>Sala da repartição de</i> |
| e <i>Entrada para o centro da</i> | o <i>Corredores das vigias das</i> | <i>a silêncio, e também para o</i> | <i>comida;</i> |
| <i>Edifício no andar superior;</i> | <i>Officinas;</i> | <i>administrador observar aos</i> | H <i>Coslinhas;</i> |
| f <i>Escalas para as salas de</i> | p <i>Dito da entrada das</i> | <i>presos que estiverem em</i> | I <i>Quartos para os</i> |
| <i>observações;</i> | <i>cubiculos;</i> | <i>recreio;</i> | <i>coslinheiros;</i> |
| g <i>Entrada para a caza</i> | q <i>Cubiculos;</i> | z <i>Pátios;</i> | J <i>Pátio pertencente às</i> |
| <i>central;</i> | r <i>Entrada para os raios;</i> | A <i>Latrinas;</i> | <i>coslinhas;</i> |
| h <i>Escalas para os andares</i> | s <i>Escalas para os andares</i> | B <i>Poços ou chafarizes;</i> | K <i>Caminho da ronda;</i> |
| <i>superiores da caza central;</i> | <i>superiores;</i> | C <i>Entradas para as coslinhas;</i> | L <i>Registro das águas;</i> |
| i <i>Ponto das sentinelas;</i> | t <i>Entradas para as oficinas;</i> | D <i>Quartos dos inspectores</i> | M <i>Rioa construída, servindo</i> |
| j <i>Sala dos empregados;</i> | u <i>Officinas;</i> | <i>das coslinhas;</i> | <i>para caza de detenção</i> |

A' excepção dos medicos, capellão, preceptor e vedor que é o substituto do director, a este deve competir a nomeação de todos os outros.

Não ha razão para quo o preceptor não exhiba previamente as provas exigidas pelos regulamentos da instrucção publica, cujo inspector geral poderá fiscalisar tambem as escolas deste estabelecimento. Seria igualmente de grande vantagem que dos tres medicos actuaes ao menos um ali residisse, como já o faz o capellão.

Releva pondonar que deve haver sempre o maior escrupulo na escolha desto pessoal, por que tudo depende de sua moralidade, da exacção conscienciosa e sincera, com que ellê desempenhar os seus deveres. O melhor systema penitenciario de nada valerá, sem o concurso dos encarregados de executal-o. A commissão, assim se exprimindo, refere-se não só aos primeiros funcionarios como e especialmente aos guardas, que na casa de correccão são muito mal retribuidos. O guarda de uma penitenciaria deve comprehender e ter sempre em vista a elevada missão de que se acha encarregado, influindo pelos meios Moraes ao seu alcance para o melhoramento e reforma dos infelizes, com quem constantemente se acha em contacto. E sobre esta assumpto bom é repetir as palavras de Van der Bruggen, que foi ministro da justiça nos Paizes Baixos desde 1856 até 1858.

« Precisamos insistir em um ponto tão sujeito a frequentes illusões, escrevia elle em 1863. Se de ordinario os directores das prisões dizem que nunca deixam de desconfiar das apparencias de reforma moral dos presos, é de receiar que nem sempre estejam de sobre aviso contra as extorioridades fallazes de seus subordinados. As relações continuas destes com gente da peor especie, os expõem ao perigo de serem corrompidos, antes que sobre ella exerçam influencia alguma salutar; por que, infelizmente, o mal é mais contagioso quo o bem. Os presos o sabem perfeitamente, o é de suppr, por exemplo, quo um curioso artigo sobre a vida das prisões impresso no *Cornhill Magazine* de Maio ultimo sahisse da penna de alguém que nestas já lenha estado. Os guardas e os instituidores, refere o artigo, são o lado fraco da disciplina das prisões. O guarda todo o dia tem occasião de entreter commercio secreto com os presos, e não conheço systema algum de inspecção que possa reprimir semelhante abuso. A consequencia disto é quo se o guarda aspira recursos superiores ao seu modico salario, nada mais facil de obter, mediante um pouco de complacencia. Apparece sempre dinheiro, não sabemos como, para o seu pagamento, e elle, sem risco algum, o mette na algibeira, ainda que não tenha lá grande sagacidade. Existem sem duvida muitos guardas, que nunca se deixariam corromper; e em geral pôde-se dizer que elles constituem (na Inglaterra) uma corporação de funcionarios fieis e dignos de confiança. Não faltam, porém, razões para duvidar de que

216

haja neste paiz uma unica prisão, onde não se encontre excepção a esta regra, e muitas vezes mais de uma excepção. »

O director da casa de correcção informava que, com a diminuta retribuição que se promette, não se podem obter actualmente guardas de completa confiança.

« Muitos, diz elle, permanecem apenas o tempo necessario para encontrar emprego melhor, e a demissão, que pedem, não pôde ser-lhes negada: obrigando-me, quando ha faltas em numero tal que embaraco o serviço, a aceitar pessoas inteiramente desconhecidas. »

O calabouço compõe-se dos escravos apprehendidos pela policia, remettidos pelos respectivos senhores e embargados ou depositados judicialmente (Decreto n. 1896 de 14 de Fevereiro de 1857). E' elle antes uma dependencia e parte da detenção, onde ficará melhor, por immediatamente sujeito ao chefe de policia e ás justicas civis, se o governo não julgar mais acertado supprimil-o desde já. Em todo o caso não pôde continuar sob a administração do director da casa de correcção, que constantemente tem representado a inconveniencia de semelhante accumulção.

Os condemnados á prisão simples não ficam bem collocados em uma casa de prisão com trabalho e conforme o systema cellular. E' com prejuizo da disciplina e da boa ordem do estabelecimento que alli continuam alojados desde 1859.

O mesmo pensa a commissão quanto aos condemnados a galés, a menos que seus serviços não sejam necessarios para as futuras construcções. Ainda assim será indispensavel dar-lhes regulamento, conservando-os completamente separados dos condemnados á prisão com trabalho.

Condição physica, hygienica e sanitaria da prisão.

O estado não tem o direito de empregar como castigo uma prisão, que por sua natureza e circumstancias exerça influencia perniciosa á saude dos sentenciados; e, sob o ponto de vista da instituição, todos os esforços para a reforma moral serão inefficazes, se não forem acompanhados dos meios necessarios ao bem estar physico.

O local destinado á casa de correcção em uma pequena collina offerecia todas as condições de salubridade: foi essa uma das razões de preferencia expressamente mencionadas no aviso de 19 de Outubro de 1833, de que, porém, não fizeram cabedal os executores da obra, como se infere do relatório apresentado em 1837 pelo ministerio da justiça que, annunciando o progresso

da construção do primeiro raio, accrescenta — « foram desmontados dous grandes morros para a factura deste raio e da muralha do lado direito. »

« As leis de hygiene, diz o actual director, não presidiram certamente á escolha do lugar onde está construida a penitenciaria da corte, e nem as modernas regras de architectura neste genero de construcção. So em vez desse local, fosse preferida uma das collinas desta capital, a penitenciaria, com o seu indispensavel quadrilatero de muralhas, nala fazendo por consequencia receiar quanto á segurança dos presos, e tivesse habitações e officinas sufficientemente ventiladas, pela fórma convexa do terreno, não offereceria outros elementos de garantia para a hygiene da prisão? » Relatório de 1869.

As cellas, maiores quo as das prisões de Auburn o de Sing-Sing, são diariamente varridas pelos condemnados e as galerias pelos serventes, que as lavam uma vez por semana. E' de notar, porém, que ao menos nestas não exista agua encanada para ser facilmente distribuida; e que não tenha sido ainda adoptado o systema de esgoto hoje geralmente admittido como meio de limpeza. Os cubos, de que se servem os presos, são guardados nas cellas durante a noite; e por elles vasados do manhã em uma pequena valla aberta no pateo central.

Segundo o regulamento deve conter cada cella habitada uma barra com travessero de madeira, um tamborete, uma bilha ou moringue d'agua, uma cadeira de retrete, uma vassoura, um pente fino, dous cobertores de algodão e um de lã. Em vez da bilha aos presos se fornecem dous cantis, ou tres litros d'agua; e além dos cobertores uma camisola, que constitue todo o agasalho durante a noite. Nos sabbados são os mesmos presos barbeados, e mensalmente cortam o cabello á escovinha. A roupa e os cobertores são mudados de oito em oito dias.

Existe uma casa de banhos com dez banheiras de granito extrahido do estabelecimento, sendo duas com chuva. Todas estas banheiras são completamente independentes e vigiadas, mas muito estreitas e defeituosas em sua construcção, como se nota á primeira vista pelas dimensões de 1^m,45 de comprimento, 0,60 de largura e 0,53 de fundo. Cada preso toma dous banhos frios por semana, salvo quando o medico prescreve banhos quentos.

Segundo a tabella annexa ao decreto n. 4448 de 29 de Dezembro de 1869, á excepção das sextas feiras em que se distribue peixe salgado, a ração dos presos consiste em uma libra de carne verde aos domingos e quintas, meia de carne secca nos demais dias, além do feijão, arroz, farinha e verduras, e oito onças de pão e café. Os viveres são todos de boa qualidade, sendo o fornecimento proviamente examinado por um medico, como prescreve o regulamento.

Da exposição da planta do edificio não consta que se destinasso lugar

algun para enfermaria, esquecimento notavel, que bem deixa ver a incuria manifestada mais de uma vez na construcção deste custoso edificio.

Nos modelos das prisões contraes (*state prisons*) e das casas de correção nos Estados Unidos da America do Norte, o edificio central ou torre, contém no primeiro andar a residencia do director e guardas, no segundo a capella, e no terceiro o hospital, para onde os presos enfermos são guindados por meio de um machinismo especial (*elevator*). No pavimento terreo deste edificio de forma octogona fica a cosinha.

Na casa de correção, onde nem ao menos se destinára lugar para enfermaria, foram aposentados os presos enfermos em uma das galerias do respectivo raio, a segunda do lado do nascente, ficando por isso reduzidos a 175 os 200 cubiculos que existem para os condemnados. E' de indeclinavel necessidade a construcção de uma enfermaria com as proporções e divisões convenientes para o caso de molestias contagiosas. Existe, porém, quasi concluida uma divisão para alienados, no pavimento terreo do raio de officinas recentemente construido. Contém tres cellas fortes para loucos furiosos, quatro para pacificos; salas destinadas ao medico e a autopsias; sala de trabalho e quartos para enfermeiro e para serventes; casa de banhos e duchas, rouparia, sala de entrada, e duas cellas de granito para condemnados em circumstancias especiaes, que possain por em risco os empregados. Esta divisão é abastecida d'agua, com esgotos e gaz; e seguido o parecer da junta de hygiene publica reúne as condições necessarias para o fim a que foi destinada — do hospital dos condemnados loucos.

Ha presenteimente tres medicos, sendo um extranumerario. Elles dividem entre si o serviço da casa de correção e o da casa de detenção.

A pesar da boa ordem e do asseio que o actual director tem mantido no estabelecimento, os defeitos da construcção affectam perniciosamente a saude dos presos. Aquelle funcionario cuja experiencia e zelo dão certo cunho de exacção ás suas observações, ponderou em um de seus ultimos relatorios o seguinte:

« Pelos dados colhidos quando medico, que fui dez annos nesta casa, estudando a clinica especial da penitenciaria, cheguei a persuadir-me de que a pena maior de dez annos equivale em regra a uma sentença de morte. São muito raros os que cumprem este tempo, e se por acaso cumprem, não tenham adquirido lesões graves, que os constituam valetudinarios, durante o tempo mais ou menos limitado de vida que lhes resle. Os moços se resistem ao vicio do onanismo, se não se entregam a elle, têm um horizonte largo, podem ser postos em liberdade muitas vezes ainda em tempo de ser uteis a si e a suas familias; mas o homem, já na idade madura, ou na velhice, que, em vez desse horizonte largo, tem apenas as muralhas da prisão, poderá supportal-a como o primeiro? A observação sempre convenceu-me do contrario: as enfermidades, que accommettem os homens maiores de cincoenta annos, do-

mandam, além do tratamento therapeutico, uma hygieno que não pôdo ser observada nas casas regidas pelo systema penitenciario. »

O local, do edificio e a sua má construcção, sem o ar o a luz necessarios, pela interposição dos pavimentos em cada ordem de cubiculos, concorrem para a falta que se nota de sufficiente ventilação. A renovação ou substituição do ar viciado durante a noite, pelo extraordinário numero de bicos de gaz e pela accumulção de presos, é feita lentamente e com muita difficuldade, demandando um meio artificial, aliás empregado em prisões melhor construidas. E' esta a causa principal do excessivo numero de enfermidades dos órgãos respiratorios.

O passeio dentro das galerias das cellas não é empregado, nem poderia aproveitar pela estreiteza dos corredores, onde não ha sufficiente ventilação; e o exercicio ao ar livre só lem lugar em pateo acanhado, não podendo deixar de impressionar tristemente o espectaculo dos presos, que uns após outros marcham lenta e silenciosamente, do braços encruzados e olhos pregados no chão, para fazerem em poucos minutos alguns pequenos gyros em cada dia.

E' este um dos perniciosos resultados da má construcção, visto ficarem os presos privados até daquelles passeios do que gozam os encarcerados em prisão cellular absoluta. Homens que têm de passar toda a sua vida encerrados em uma prisão precisam de exercicio sufficiente para, ao lado do abatimento das faculdades moraes, não perderem progressivamente as forças phisicas até completo desfallecimento; podendo-se nesse caso equiparar a reclusão á execução lenta da pena de morte.

« De Junho de 1850 até Dezembro de 1869, observa o. director, foram recolhidos a este estabelecimento 1.099 condemnados, dos quaes falleceram 245; e, com relação ao numero de annos de pena a cumprir, vemos que a mortalidade foi nas penas menores :

De 2 annos	2	%.
De 2 a 4 annos	17,2	%.
De 4 a 8 »	31,58	%.
De 8 a 10 »	46,8	%.
De 10 a 14 »	49	%.
De 14 a 16 »	50	%.
De 16 a 20 »	33,3	%.

Dos maiores de 20, de 32 morreram 271. Quasi todos e não todos por que dous foram perdoados, dous removidos e o unico que existe começou a cumprir a pena perpetua no principio do anno passado. »

« Se abatermos do total os condemnados a penas menores de dous annos, o resultado será—que de 656 penitenciados falleceram 236 ou 36 %! »

Parece, pois, de urgente necessidade tomar alguma providencia, que neutralize esse effeito deletorio da pena de prisão no actual edificio.

No que podia, fê-lo a comissão, determinando que os presos de melhor comportamento dessem os seus passeios em uma área mais vasta, onde ao menos durante uma parte do dia podessem respirar ar livre.

Do lado do portão interno da muralha se preparou para esse fim um jardim espaçoso, onde os condemnados da terceira classe gozam hoje de algum exercicio.

Inspirada dos mesmos sentimentos resolveu a comissão mandar trancar o tenebroso carcere conhecido pelo nome de *cellula obscura*, substituindo-a por outras tambem privadas de luz. Consistia aquella prisão em um vão do pavimento superior com 3^m,52 de comprimento sobre 1^m,76 de largura, tendo na maior altura 1^m,98, e na menor 1^m,10. Esta fórma é devida ao tecto em abobada da limitadissima cella. Mas ahi, fechada a pequena porta, não era possivel a indispensavel renovação do ar, correndo perigo a existencia do condemnado. E' certo que pelo mesmo motivo semelhante genero de castigo só era applicado raras vezes e com as precauções de que trata o director em seu relatorio de 17 de Março de 1869.

Condição moral, religiosa e instructiva.

O culto praticado na casa de correcção é unicamente o catholico romano, permitindo-se, porém, ao preso seguir outra religião e cultivar-a em sua cella, sem obrigação de comparecer na capella, nem de assistir a acto algum de culto diverso.

O capellão é o administrador de todos os sacramentos, e diz missa aos domingos e dias de guarda a que assistem os presos e o director do estabelecimento. Antes da missa costuma aquelle sacerdote dirigir uma exhortação analogá ás circumstancias do auditorio. Nos dias uteis, conforme o regulamento, um dos presos na occasião em que vão para as officinas deveria recitar uma oração, que os outros acompanhariam mentalmente. Esta parte, porém, não está mais em pratica. O Vialico e a Extrema Unção são administrados na enfermaria e a Eucharistia na capella: o casamento é permitido unicamente em artigo de morte.

O regulamento prescreve a criação de escolas para os presos aprenderem a ler, escrever e as quatro operações da arithmetica. Consta que em algum tempo se pretendeu instituir este melhoramento, mas é certo que só em 1868 foi elle adoptado definitivamente, autorizando-se o director a contratar pessoa idonea que, sem perturbação do regimen penitenciario, reza o aviso de 25

de Agosto, instruiu os presos nos rudimentos da grammatica e da arithmetica. O capellão, que é mal retribuido, foi convidado para se occupar desta tarefa, mediante uma gratificação adicional; o que tem feito até hoje. A escola começou a 2 de Setembro e abria-se ás terças, quintas e sabbados da meia hora ás duas da tarde no edificio que provisoriamente serve de capella; agora funciona todos os dias, excepto ás quintas-feiras, reunindo-se os presos junto ao quartel da guarda interna. Em 1868 foi frequentada por quarenta e quatro presos, e aproveitaram quinze: nos outros annos deram-se as seguintes relações entro a frequencia e o aproveitamento:

	Frequencia	Aproveitamento
1869	52	36
1870	39	36
1871	51	26
1872	54	31
1873	35	27

Está, portanto, ainda pouco desenvolvida a instrucção scolastica, que não devo limitar-se á leitura e escripta e á grammatica nacional.

Desde Agosto de 1870 o capellão reside na casa de correção, onde se distingue por seu zelo e solicitude; mas tão elevada missão convem que seja preenchida por pessoa, que se dedique exclusivamente á instrucção religiosa, desprendendo-se tambem de quaesquer outras occupações, que tenham fóra do estabelecimento. A esphera do ensino deve ser alargada e confiada a um preceptor nas condições e com as vantagens conferidas aos professores publicos. No longo decurso da pena podem a maior parte dos presos aprender, além da leitura, calligraphia, arithmetica com o systema legal de pozos e medidas, noções de geographia e de historia, e o desenho applicado as artes e officios.

O capellão é o conselheiro intimo do preso, o amigo que, fallando-lhe á consciencia e despertando-lhe o sentimento moral, obriga-o a reconhecer a justiça da condemnnação e a arrepender-se do mal que commetteu. Sua missão é puramente espiritual, e não entende com a disciplina propriamente dita; mas nem por isso deixa de concorrer, e poderosamente, para o fim commum da moralisação do criminoso. A' luz do Evangelho o capellão converte e chama aos bons principios aquelles infelizes que muitas vezes, quasi sempre, por falta de direcção conveniente foram arrastados e se entregaram á pratica dos crimes; levanta-os da humilhação em que jazem, fortifica-lhes o sentimento do bem e lhes inspira certa energia moral pela confiança na justiça eterna e na bondade inexaurivel e illimitada do Omnipotente. Não poderá empregar-se em outros misteres, sendo todo o seu tempo distribuido e occupado nas visitas diarias ás cellas; e sua attenção applicada no ensino dos preceitos de nossa religião.

Convem que sejam recebidos no estabelecimento, quando necessarios, os ministros dos outros cultos.

222

A bibliotheca compõe-se de mais de seletentos volumes, lidos actualmente por algum dos presos, que, quando condemnado, tinha já alguma instrução.

Por aviso de 13 de Dezembro de 1865 foi autorizada a abertura das officinas do alfaiate, canteiro, correeiro, carpinteiro, encadernador, ferreiro, funileiro, marceneiro, sapateiro, tanoeiro, e torneiro, além de uma lavanderia. As duas ultimas, porém, não produzião receita, nem habilitavam o condemnado a ganhar a propria subsistencia, quando, concluido o tempo da pena, pudesse fazer uso de sua liberdade; por isso foram supprimidas e substituidas por outra de mais vantagem, como prescreve o art. 32 do regulamento. As que hoje funcçãoam são as já mencionadas, e a de marmerista, que tem dado bom resultado.

Estas officinas com a lavanderia, e a padaria que igualmente se estabele-cera, produziram no exercicio de 1872—1873 a receita de 75:507\$458, tendo se elevado a despesa total do estabelecimento a 181:795\$519.

Os presos empregados como canteiro e ferreiro gozam sempre de melhor saude; os que se applicam ao officio de sapateiro soffrem mais do que os outros.

Cada officina tem um mestre que dirige os trabalhos. Os presos são ali divididos em turmas que nunca excedem a vinte, nem contém menos de dez condemnados. Estas turmas são immediatamente dirigidas por outros tantos chefes, cuja inspecção não pode ser completa pelo grande numero de inspec-cionados.

Parce conveniente que cada turma seja composta de um numero muito mais limitado, de quatro ou cinco presos, por exemplo; fiando da moralidade dos mestres o comportamento dos discipulos, conforme o systema empregado de rigoroso silencio que assim será mantido; ou de tolerancia de uma conversação util e sobre o trabalho, de que se occupam na officina, com a attenção neces-saria para se evitarem as más praticas.

Os trabalhos começam pela manhã, meia hora depois do toque de des-pertar, que é dado ás cinco horas, nos mezes de Novembro a Janeiro; ás seis em Maio, Junho e Julho; e ás cinco e meia, nos outros mezes do anno. Interrompidos pelo almoço e pelo jantar, terminam ao toque de cã, isto é, ás seis da tarde, em Novembro, Dezembro e Janeiro; ás cinco em Maio, Junho e Julho; e ás cinco e meia nos outros mezes.

Os presos.

Existem actualmente na casa de correcção 137 sentenciados, que podem distinguir-se do seguinte modo :

Raça :	
Branços	92
Homens de côr.	45
	137

Naturalidade :	
Nacionais.	58
Estrangeiros	79
	137

Crimes :	
Contra as pessoas.	72
Contra a propriedade.	65
	137

Termos de sentença :	
Um anno e menos de dous	6
Dous e menos de tres	10
Tres e menos de quatro	4
Quatro e menos de cinco.	29
Cinco e menos de seis.	5
Seis e menos de sete.	26
Oito e menos de nove	24
Daz e menos de onze	3
Onze e menos de doze.	2
Doze e menos de treze.	19
Vinte.	3
Mais de vinte.	2
Prisão perpetua.	4
	137

224

Moralidade:

Comportamento regular	93
Irregular	44
	137

Condenados e reincidentes:

Primeira condemnação	125
Segunda	10
Terceira	1
Quarta	1
	137

De Julho de 1850, quando começou a funcionar a casa de correção, até o ultimo de Dezembro do anno passado, foram recebidos naquelle estabelecimento 1265 condemnados:

A menos de dous annos	496
A dous e menos de quatro	200
A quatro e menos de oito	311
A oito e menos de dez	95
A dez e menos de quatorze	103
A quatorze e menos de dezeseis	9
A dezeseis e menos de vinte	15
A vinte e mais	36
Total.	1265

Execução de sentença:

Soffreram toda a pena	780
Foram perdoados	63
Removidos	22
Deportados	2
Evadiu-se	1
Falleceram	260
Existiam em Dezembro	137
Total.	1265

Os fallecidos, estão para o numero total na razão de 20,55 para 100.

Disciplina.

Os sentenciados, logo que são recebidos no estabelecimento, passam por um pequeno periodo de provação; periodo que dura poucos dias, conforme o tempo da pena, e consiste em reclusão completa sem trabalho algum.

São divididos em tres classes. Ainda que ellas não se distingam por grandes vantagens, foi o primeiro trabalho da comissão ouvir o director sobre o procedimento de cada sentenciado, e classificar-os conforme a sua condição moral e tempo de prisão; collocando na primeira classe, 87; na segunda, 45; e na terceira, 10. Existiam então 142 presos na divisão criminal.

Com esta medida, aliás de observancia do regulamento, teve tambem em vista a comissão despertar o estinulo dos sentenciados, alimentando-lhes a esperança de melhorarem de condição — por seus proprios esforços.

Na mesma occasião determinou que os da terceira classe fizessem exercicio em um pateo especial, ajardinado e mais vasto.

Existem actualmente :

Na primeira classe	90
Na segunda	33
Na terceira	14
Total.	137

Segundo o regulamento os presos da primeira gozani de um passeio de quinze minutos por dia, podem escrever e receber cartas de seus parentes e, de dous em dous mezes, visitas de seus pais e filhos. E'-lhes permitido soccorrer suas famílias e comprar com a parte disponivel do peculio, que foi estabelecido, utensilios para escrever e materias primas para trabalhos, a que queiram applicar-se nas horas de repouso. Este deve durar uma hora, hora e meia, ou duas horas, conforme a estação do anno.

Os da segunda classe, além daquellas vantagens, têm por dia outro passeio de quinze minutos, isto é — dous passeios, sendo cada um de quarto de hora; recebem visitas de mez em mez, e podem comprar pão igual ao do estabelecimento. O repouso é de mais meia hora.

Os da terceira classe, que é a melhor no actual regimen, passeiam o dobro do tempo permitido aos da segunda, ou uma hora por dia; recebem igualmente as visitas de mez em mez, sendo-lhes privativa a vantagem de comprar fructas. O repouso deve ser de mais meia hora que o concedido aos da segunda

226

classe, durando por tanto duas horas nos mezes de Maio, Junho e Julho; duas horas e meia em Fevereiro, Março, Abril, Agosto, Setembro e Outubro; e tres horas na estação calmosa de Novembro, Dezembro e Janeiro, o que parece excessivo.

Na pratica essas differenças de repouso não têm sido observadas, concedendo-se o mesmo tempo a todos os presos e sem alleração quanto ás estações do anno.

A parte disponivel do peculio é a metade do mesmo peculio. Este, para os presos da primeira classe, consiste em um quarto do valor do seu trabalho; para os da segunda, em um terço; e para os da terceira, em metade. A outra metade do peculio, chamada de reserva, é destinada á subsistencia e estabelecimento dos que cumprem sentença, ou são perdoados.

As visitas nunca duram mais de meia hora e são feitas diante dos guardas, que ouvem a conversação, collocando-se em uma estreita divisão do locutorio entre o preso e o visitante. As cartas podem ser lidas e retidas pelo director.

Só os presos de comportamento regular, depois de passarem um anno na primeira e dous na segunda classe, são transferidos para a terceira. Em todas andam de braços encruzados, e uns após outros, sem estrepito, distinguindo-se então unicamente pelo vestuario, que é geralmente de algodão trançado azul, com um signal no peito do tres pollegadas, feito de panno encarnado para os da primeira classe, verde para os da segunda e rôxo para os da terceira.

Não se cogitou do incentivo das recompensas, nem se procurou ensaiar o emprego de penas moraes; e posto não seja autorizado o castigo corporal, cuja falta se fará sentir em quanto se não adoptarem as penas de natureza moral, as que têm applicação não parecem sufficientes para se obter o silencio absoluto, o isolamento moral, como oxige o systema. Consistem: (a) no trabalho solitario ou de tarefa; (b) restricção alimentaria ou jejum a pão e agua; (c) cellula obscura, nunca por mais de seis dias consecutivos; (d) passagem de classe favorecida para a mais austera; (e) ferros.

Não havendo estímulo, nem esperança de melhoramento de condição, o apenas a das vantagens insignificantes das classes superiores, o desespero do sentenciado, excitando-lho odio profundo e disfarçado contra o pretendido meio de corrigil-o e regenerar-o, dar-lhe-lha forças para zombar sempre e desprezar as penas, cujo emprego se limita ás necessidades physicas, ao maior ou menor soffrimento do corpo.

A experiencia tem mostrado que ainda com os meios os mais rigorosos, e até barbaros, não se consegue o fim, que se teve em vista, com a adopção do systema de Auburn.

Durante a noite, isto é, por mais de dez horas passa o preso encerrado em um estreito cubiculo, onde não se lhe confia a propria roupa, que é obri-

gado a despir e a entregar aos guardas, enrolada e atada pelo cinturão com que anda.

De dia, embora tenha de reunir-se a seus companheiros, não pôde falar-lhes; não lhe é permitido fazel-o aos mesmos officiaes ou mestres se não para lhes pedir alguma explicação ou objectos tendentes ao trabalho.

O isolamento, o silencio e o mutismo são a maxima disciplina, á que se procura attingir; mas não é possível conseguil-o por maior que seja a inspecção, a qual é continuamente illudida na passagem das cellas para os pateos ou para as officinas e vice-versa; na propria officina, onde facil é quebrar o silencio e estabelecer conversação, uma vez que os presos o façam em voz baixa, não podendo ser devidamente vigiados em turnas de dez a vinte condemnados; ainda mais facil é entenderem-se por signaes e gestos, e isto sempre acontece quando os guardas distrahem sua attenção com qualquer dos presos, ficando os outros livres para sustentarem entre si uma correspondencia, tanto mais apreciada quanto maior fór a prohibição e impotente a vigilancia.

Para esta quebra de disciplina não concorrem pouco os defeitos notados na construcção do raio, em que hoje está a penitenciaria.

E' sabido que o isolamento completo não se obtem nem pelo systema cellular absoluto, em que, além da continua separação, se empregam outros meios mecanicos, como o uso de mascaras, e a construcção de capellas e de escolas, de modo que o capellão e o mestre vejam e sejam vistos pelos presos, sem que estes possam avistar-se.

Conclusão.

O regulamento de 6 de Julho de 1850 impõe á commissão o dever de indicar o que fór conveniente ao melhoramento da instituição. Ella, pois, não se limitará a aconselhar a revisão do mesmo regulamento, cuja reforma aliás tem sido constantemente solicitada.

Depois da adopção do plano do actual edificio, a experiencia tem suggerido outras regras de disciplina mais conformes ao objecto do systema penitenciario, que consiste na combinação e harmonia dos meios de intimidação com os da reforma e regeneração do condemnado.

A melhor disciplina das prisões, está hoje reconhecido, é a que não contraria e, antes, se auxilia da natureza. « Tratando de melhorar o homem, quer dentro quer fóra das prisões, tenhamos sempre em vista, poudéra o dr. Wines, os grandes principios, que o creador lhe imprimiu na alma com traços indeleveis. Entre esses principios o da sociabilidade, ou a aptidão e tendencia para associar com os seus semelhantes, é faculdade fundamental que deve

ser respeitada e garantida em todas as instituições da sociedade, em que elle vive como uma das forças mais importantes do seu progresso e desenvolvimento. Não podemos desconhecer-a, quando pretendemos a correção dos que incorreram na lei penal. »

O capitão Alexandre Maconochie, que na phrase daquelle sabio reformador da disciplina das prisões era o homem mais profundo na philosophia das penas, dizia: *Man is a social being; his duties are social; and only in society, as I think, can he be adequately trained for it.*

« O criminoso deve ser melhorado em sociedade para a sociedade. Foi conforme este principio que Maconochie tratára os degradados da ilha de Norfolk, para onde era mandado o refugio, os criminosos da peor especie, os reincidentes e incorrigiveis das outras colonias inglezas da Australia; mas sua tarefa, elle proprio o confessava, não fóra difficil, como se suppunha, nem os resultados que conseguira tão maravilhosos, como pareciam; por que o methodo que empregára, tanto alli como depois em Birmingham, consistia em auxiliar a natureza e não contrariar-a, como o faziam a maior parte dos administradores de prisão. »

« Esta theoria assellada pela experiencia do coronel Montesinos em Valencia, do conselheiro von. Obermaier em Munich, do sir Walter Crofton na Irlanda, e, ultimamente, pela do conde Sollohub em Moscow, e pela do dr. Guilhaume na Penitenciaria de Neufchatel, está em completa opposição com os systemas existentes de disciplina penitenciaria. »

Nestas e na maior parte das prisões o constrangimento, a coerção é a força suprema empregada para reforma dos condemnados. O systema da separação continua é a expressão mais perfeita do constrangimento, mas o do silencio ou mutismo, como foi adoptado na casa de correção, não se oppõe menos á natureza do homem. « Ambos têm uma base commum—o isolamento com trabalho: no primeiro o isolamento realiza-se pela separação absoluta dos corpos dia e noite, sendo o trabalho feito dentro das cellas; no segundo o trabalho tem lugar nas officinas, e o isolamento se mantem á noite pelo encerramento dos sentenciados em suas cellas respectivas, e de dia pela imposição do mais absoluto silencio: os corpos dos sentenciados ficam reunidos dentro da officina, mas suas almas se conservam completamente separadas; e, posto se verifique uma associação material, ha ali uma solidão mental. Assim, tanto em um como em outro systema não se observa o principio da sociabilidade, e se estabelece certo genero de escravidão domestica. »

« Separar o homem para sempre ou por longo espaço de tempo da sociedade dos outros homens é condemnar-o á morte intellectual e moral, como diz Van der Bruggen; ou arrojar-o a um estado peor do que a morte, cuja agonia se prolonga indefinidamente, o do embrutecimento e do idiotismo; é violar as leis da natureza; o que nunca se pratica impunemente. »

Os systemas que se baseam no isolamento são uma exageração da necessidade de separar os condemnados uns dos outros, para evitar a contaminação do vicio, o ensino do crime, a corrupção em fim tentada e conseguida pelos que têm descido ao ultimo degráo da perversidade. Essa separação, porém, não deve, nem pôde ser absoluta e eterna, por quo seria destruir um mal por outro mal maior. O tratamento individual do preso, a classificação delle conforme o seu merecimento provado é a primeira necessidade de um regimen bem combinado.

Cumpra observar que o maior criminoso conserva sempre o direito a ser respeitado pela sua natureza intellectual e racional. E' o que não se teve em vista nos systemas de separação mecanica, como condição de reforma moral.

« Alli, como diz o escriptor acima citado, a autoridade recebe diariamente certo numero de objectos humanos para alojar, vestir, sustentar, fazer trabalhar regularmente a tanto por dia, e estes objectos humanos tratados com uma regularidade mecanica — tão precisa e tão monotona — acabam, elles proprios, por considerar-se mais como objectos do que como seres Moraes e responsaveis. »

E' conhecida a judiciosa phrase de lord Stanley: « *The reformation of men can never become a mechanical process.* » Por que? Por que, responde Van der Bruggen, em vez de mudar as disposições do coração, fortificando-lhe o elemento moral, todo o processo mecanico o estraga introduzindo-lhe um elemento novo de odio profundo contra todo o moralismo, contra a religiosidade imposta, que a consciencia, que nunca perde seus direitos, repelle como uma mentira odiosa, sabendo que ella não é o resultado da vontade livre. Quando mesmo fosse possivel, pela separação material e pelo silencio, sequestrar absolutamente do mundo exterior e da sociedade dos outros criminosos o sentenciado que se pretende moralisar, nunca se conseguiria separal-o de si proprio, de seus instinctos máos que, irritando-se, se revoltam e procuram occultar-se revestindo-se de hypocrisia. » Por isso o escriptor, cujas reflexões a commissão transcreve, aconselha um methodo que, longe de contrariar, seja ditado e apoiado pelas leis naturaes. Estas condemnna a applicação exclusiva dos systemas de Auburn e de Pensylvania, por adoptarem ambos o mesmo principio fundamental do isolamento perpetuo.

O conde Sollohub, director principal da casa de correcção e de trabalho de Moscow, assim se enuncia em uma recente noticia sobre a questão das prisões na Russia:

« Como a pena de morte tem excitado contra si justas reacções, assim o isolamento do homem, a obrigação que se lhe impõe de um silencio perpetuo, é desses principios contra os quaes se revolta o sentimento da raça humana. O homem não tem direito de contrariar a vontade divina. A idéa de que o condemnado acha em si proprio o seu melhor conselheiro é sujeita a duvidas as mais graves; muitas vezes a sociedade, por corrompida que seja, ser-lhe-ha menos perniciosa do que a prostração do desespero. Foi con-

230

forme estas idéas que se fundaram as novas penitenciarias da Russin: ellas não reconhecem o direito de impôr silencio absoluto, *mas procuram impedir que a conversação se torne pernicioso.* »

Reduzir o numero dos presos em cada officina, e dar-lhes um chefe que dirija a conversação nos poucos minutos de descanso, e evite linguagem e palavras contrarias á disciplina, é o meio aconselhado por aquelle illustrado administrador do prisão, e vantajosamente empregado pelo dr. Guilherme na de Neufehâtel. Este estabelecimento foi ha pouco visitado pelo dr. Wines, cuja apreciação se resume nestas poucas palavras:

« I had opportunity to study it thoroughly, and I feel no hesitation in placing it among the model prisons of the world. »

A esperança é outro principio gravado pelo Creador no coração do homem, e que na disciplina das prisões pôde ser aproveitado como poderoso agente moral para o melhoramento dos condemnados. E' ella o mantenedor de nosso bem estar, e como conforto e allivio dos infelizes nunca os abandona, acompanhando-os até o tumulo. Convém, pois, fazê-la penetrar no interior das nossas prisões, especialmente na casa de correcção, cujas elevadas e ennegrecidas muralhas, dando-lhe um aspecto sombrio e contrastador, parecem significar a terrivel inscripção do inferno do Dante — *Lasciate ogni speranza, voi, ch'entrate.*

Que os sentenciados, ainda mesmo na afflicção da pena, se mostrem contentes pela esperança de verem alliviados o abreviados os seus males, esperança que elles proprios podem fazer despontar, crescer e florescer em seus corações.

Em um relatório de Janeiro do anno passado, Sir Henry W. Bellows, vice-presidente da associação nacional das prisões dos Estados Unidos, insistindo sobre a grande importancia deste agente moral, enuncia-se nos seguintes termos:

« O principio da esperança se enraiza tão natural e essencialmente á verdadeira disciplina das prisões como a toda vida humana. Se extingirdes a esperança na sociedade, ou a riscardes do coração do homem, desfocareis golpe mortal na vontade, na consciencia e na intelligencia. Nada ha tão fatal á acção do governo, ou ás condições politicas, sociaes e economicas de um povo como o abatimento ou a extincção da esperança. Os governos e as organizações sociaes podem ser aquilataadas e classificadas quanto ao seu merecimento pelo grão de esperança que houver no povo em geral. E' a qualidade que exerce influencia mais extensa, mais constante, mais activa e continua sobre a universalidade dos homens. O que o calor e a luz são para o mundo vegetal, e a estação propria para as plantas, a esperança é para a vontade, para as faculdades e para as affeições humanas. »

Pois bem, que em nossas prisões tambem seja admittida a esperança como agente de moralisação, ou antes respeitada como principio inherente á

natureza dos sentenciados. Se o estado actual da legislação não lhes reconhece o direito a uma diminuição do tempo da pena, por melhor que seja o seu comportamento, como tem sido previsto e decretado nos Estados Unidos pelas leis de commutação (*commutation laws*) e na Inglaterra e na Irlanda pela liberdade provisória (*ticket of leave*), ao menos disposição alguma prohiibe que, quando o merecerem, recebam tratamento menos rigoroso, gozem de mais benevolencia da parte dos directores, e, inspirando-lhes confiança, obtenham vantagens reaes consignadas nos regulamentos; bem como o direito de serem recommendados á clemencia imperial, nunca implorada em vão a favor dos réos, que, tendo soffrido já grande parte da pena, offerecem garantias de verdadeiro melhoramento e de correcção provada.

Devemos ter sempre diante dos olhos que o crime não é um defeito da intelligência, mas fraqueza moral ou falta de energia para seguir a voz da consciencia. Póde-se dizer como Ayres de Gouvêa que «o criminoso é um enfermo, a pena um remedio, e o carcere um hospital.» Mas, assim como a cada enfermo se prescreve tratamento particular, conforme sua natureza e circumstancias, cumpre aos directores e guardas das prisões estudarem a indole, o passado, as aspirações, a natureza intima de cada sentenciado, respeitando-lhe sempre a dignidade de homem, que nunca perde; mostrando e ensinando-lhe os meios de se regenerar, dando-lhe mão amiga e inspirando-lhe confiança, em vez de o maltratar e humilhar. Que a pena seja um castigo necessario, mas nunca uma vingança; que o mal infligido por necessidade moral seja aproveitado para melhoramento do sentenciado e em beneficio da sociedade. A aspiração maxima dos directores das prisões, a idéa a que elles devem subordinar todo o seu procedimento é o de transformar os homens máos — que são confiados a seu cuidado — em homens bons; pois que sua missão mais elevada consiste, em ultima analyse, em receber criminosos para os restituir á sociedade melhorados e homens de bem.

Por tanto, a sua tarefa é principalmente de educação, e por isso como solícitos e zelosos instituidores devem combater o mal, de que são affectados os sentenciados, tratando-os diversamente, conforme as condições especiaes de cada um delles.

Cumpra, porém, não esquecer jamais que a penitenciaria é tambem uma casa de punição, onde se procura conciliar a intimidacão com o melhoramento do condemnado. Não é, pois, bastante que elle esteja corrigido, para se considerar punido; mas o que se mostra regenerado poderá obter que sua pena se torne menos dura; poderá talvez conseguir que o tempo de sua prisão seja diminuido.

O melhoramento do condemnado consiste essencialmente na restituição da energia moral indispensavel para que elle possa resistir ás tentações do vicio e ás novas seducções do crime. Os systemas de isolamento e de multismo, tendo

por fim quebrantar os máos sentimentos, pecarem pelo excessos, chegando a abater também as faculdades physicas e moraes do homem. E se o crime é uma fraqueza moral, o enfraquecimento das faculdades moraes será um meio de predispor o condemnado para novos crimes: assim não se conseguirá se não o opposto ao que se deseja.

Pelo contrario, o que convem é procurar fortalecer as faculdades moraes, desenvolvendo-as e educando-as gradualmente, de modo que o condemnado, uma vez punido, reapareça na sociedade como restabelecido — isto é, não só regenerado, mas moralmente forte e capaz de dominar suas más inclinações.

« Parece razoavel, observa Davesiés de Pontés nos seus — Estudos sobre a Inglaterra — obter a regeneração dos criminosos pelos processos semelhantes aos que curam os loucos, isto é, por uma gymnastica continua das faculdades moraes, por provas incessantemente renovadas, que lhes restituam a força inicial, que perderam, ou lh'a dêem, se nunca tiveram. »

Ninguém melhor o conseguiu que sir Walter Crofton pelo methodo que está sendo observado na Irlanda ha vinte annos, e conhecido também com o nome de systema irlandez. Este systema, que é o aperfeiçoamento do systema das marcas inventado por Maconochie, não poderia ser applicado em nosso paiz, onde a pena de prisão com trabalho obriga o condemnado a trabalhar dentro do recinto das prisões,

As prisões intermedias, que são o caracteristico do systema de Crofton, bem como a liberdade provisoria promettida na legislação ingleza, encontrariam aquella disposição do codigo criminal. Nada, porem, impede que adoptemos desde já a classificação progressiva dos presos, não arbitraria, mas conforme o seu merecimento individual, provado por marcas ou signaes de distincção; e que ensaiemos uma theoria de recompensas, adaptada ás nossas circumstancias e destinada a levantar e fortificar as faculdades moraes do condemnado, estimulando-o com favores e vantagens distribuidas gradualmente.

Nesse presuppuesto a commissão tem a honra de propor a reforma da instituição.

A pena de prisão com trabalho deve ser regulada de modo que o condemnado tenha em suas mãos o meio de suavisa-la, obtendo melhor tratamento, e alimentando fundada esperanza de alcançar perdão de uma parte do tempo respectivo. Para esse fim pôde ser dividida em tres periodos:

O penal ou de punição, que durará oito mezes;

O correccional ou de reforma, onde o preso deve passar um minimo de tempo, conforme o seu procedimento e correspondente á duração da pena;

O de transição, ao qual elle só attingirá, se antes de cumprida a sentença estiver corrigido, ou se julgar regenerado.

O primeiro periodo será como um grande baque que o condemnado

soffrerá, passando rapida e violentamente do estado de liberdade para o de prisão cellular.

Por oito mezes deve ficar encerrado na cella, donde sahirá apenas para o exercicio ao ar livre, para a lição na escola ou para os actos religiosos. Durante este tempo, regido pelo systema de Pennsylvania ou de separação absoluta, o condemnado será tratado como em Mountjoy, onde a sua situação era assim descripta por Thomaz Shore, capellão protestante do estabelecimento:

« Recolhido á prisão, conduzem-no logo á cella que lhe é destinada.

« Ahi elle fica só. Sua cella, seus livros, suas recordações—eis tudo que lhe resta do mundo em que vivia. Começa então a reflectir. O fio de suas meditações é interrompido apenas por uma hora de passeio ao ar livre, por outra hora de ensino na classe, pelas visitas do capellão e pelos exercicios do culto religioso. Essas mesmas interrupções convidam-no a novas meditações, e assim o homem, que talvez nunca em sua vida se tivesse occupado de seus pensamentos nem durante uma hora, é obrigado a abandonar-se a elles sem reserva alguma. »

Neste periodo o trabalho deve ser quasi nullo, ou tal que não possa produzir distracção ao condemnado; o alimento parco e o tratamento o mais rigoroso. E' o periodo penal propriamente dito (*penal stage, or stage of punishment*), que não poderia prolongar-se sem enfraquecimento das faculdades moraes e physicas do condemnado.

E' como um appello do homem para a sua consciencia, empregando-se por isso todos os meios para despertar a e sancionar a punição intelligida pela sociedade.

E' ahi que deve ser instruido da sorte que o aguarda, convindo que constantemente se lhe dê conhecimento da disciplina da prisão. Saiba elle desde o primeiro dia que em suas mãos está o melhorar de condição. Todo o resto do tempo deve ser empregado na instrucção intellectual e religiosa.

O segundo periodo, o da classificação progressiva ou correccional (*reformatory stage*), é o da prisão regida pelo systema de Auburn — de separação á noite e trabalho em commum durante o dia.

Será subdividido em tres classes:

Inferior.

Média.

Superior.

Serão outras tantas estações distinctas por vantagens progressivas, que o condemnado poderá obter pelo seu bom comportamento provado por *marcas* ou *signaes* de melhoramento.

O capitão Maconochie empregou-as pela primeira vez quando governador da colonia de Norfolk, onde encontrára mil e quatrocentos degradados, homens rixosos e turbulentos, criminosos reincidentes, incorrigiveis e que, por insup-

portaveis, tinham sido para alli remettidos dos outros estabelecimentos penaes da Nova-Hollanda e da terra de Van Diemen. Em quatro annos, de Março de 1840 a Fevereiro de 1844, esse notavel reformador, dedicando-se exclusivamente á obra humanitaria da correcção e melhoramento de tantos desgraçados, conseguiu arrancar-os da abjecção e embrutecimento em que viviam, eleva-los na estima de si proprios, despertar-lhes o desejo de voltarem á sociedade que os repellira, e a esperanza de obtel-o por seus unicos esforços; conseguiu finalmente mudar a face da ilha, podendo proclamar o resultado de sua experiencia, como o fez, pôr estas memoraveis palavras: « *I found the Island a turbulent, brutal hell; I left it a pceaful, well ordered community.* »

Adoptado depois nas prisões de Inglaterra e da Irlanda, e, ultimamente, em algumas penitenciarias da Suissa, é o systema das marcas o methodo mais seguro para crear estimulo no sentenciado, alimentando-lhe a esperanza pelas concessões, que gradualmente lhes são feitas.

Na classe inferior elle poderá receber de seis em seis mezes uma visita de vinte minutos, e com o mesmo intervallo receber e responder uma carta; tendo sempre o direito a cinco por cento do producto de seu trabalho. A cella conterá unicamente o indispensavel para a conservação de sua saude.

Na classe média seu alimento será melhor, poderá fazer uso do rapé, escolher os livros que quizer, receber visitas e trocar uma carta de tres em tres mezes — com direito a dez por cento do producto de seu trabalho.

Na classe superior poderá trazer as barbas e os cabellos á sua vontade; ser-lhe-ha permittido nas horas de recreio trabalhar exclusivamente para sua familia; nas de trabalho, durante os pequenos intervallos destinados ao descanso, poderá conversar com os seus companheiros, estando presente o mestre da officina; adornará sua cella com quadros e outros objectos de gosto; terá um pequeno terreno para cultivar ou plantar um jardim, que lhe sirva de distracção; será admittido como inspector de turma, ou occupará outros lugares de confiança se assim resolver o director; e, finalmente, poderá receber e escrever uma carta, e receber uma visita de mez em mez, com o direito a vinte por cento do producto de seu trabalho.

Mas, para passar da classe inferior á média, precisa ganhar cento e oito marcas; e nesta outras tantas, para ser admittido na superior.

Em cada mez não pôde elle obter mais de nove marcas: sendo tres por optimo comportamento; tres por maxima applicação ao trabalho; e tres por extraordinaria attenção aos estudos.

Essas marcas serão reduzidas a duas em cada ramo de melhoramento correccional, se as notas forem puramente boas; e a uma unica marca, se forem apenas soffríveis; tudo conforme a seguinte tabella:

	Optimo	Bom	Sofrivel	Não qualificado
Comportamento. . .	3	2	1	0
Trabalho.	3	2	1	0
Estudo.	3	2	1	0
	9	6	3	0

Assim o melhor condenado, o que houver atingido o maior gráo de correcção não ficará menos de um anno na classe inferior, e de outro anno na classe media, por que só em doze mezos conseguirá 9×12 , ou cento e oito marcas.

Para a distribuição dellas o director convocará no fim do mez o capellão, o vedor, o preceptor, o chefe da officina e o guarda mandante; todos devem ser ouvidos sobre o procedimento do sentenciado, e alguns especialmente sobre sua applicação aos estudos e constancia no trabalho. Se o condemnado for merecedor de tres marcas na escola, e de tres na officina, mas proceder mal; se fór insubordinado, se commetter faltas, longe de ter direito á nota boa, correspondente ao total de seis marcas em cada mez, perderá as que o conselho de disciplina julgar convenientes para sua punição porpotuando-lhe a conservação nas classes inferiores.

Na superior o tempo será fixado e determinado conforme a duração da pena, organisando-se para isso uma tabella.

Com o fim de se obter mais garantia, poder-se-ha exigir do condemnado, antes que ello passe ao terceiro periodo, um numero de marcas igual ao maximo correspondente ás duas lreças partes do tempo, que deve permanecer na classe superior. Desta descera ás inferiores se proceder mal.

Terminado assim o periodo correccional (*reformatory stage*), será o condemnado transferido para outra prisão, onde, continuando no cumprimento da pena, dará provas de se achar corrigido para poder gozar da liberdade, depois de cumprida ou commutada a mesma pena.

Este periodo final é o de transição ou de experiencia (*testing stage*). Approximar-se delle será uma das mais ardentes aspirações do condemnado, que ahi gozará de vantagens extraordinarias, limitadas unicamente pela natureza da pena.

Nesse periodo o trabalho será em commun e a conversação livre nas horas de recreio e nas officinas, que serão dirigidas—sob sua responsabilidade—pelo preso de maior confiança.

O sentenciado continúa obrigado ao trabalho dentro do recinto do estabelecimento, mas ser-lhe-ha permittido trazer as roupas que anteriormente usava, deixados os vestuarios e distinctivos, que se empregam no segundo periodo; não haverá mais prisão celular, sendo os dormitorios em grandes salões, onde as camas podem ficar separadas por ligeiras divisões.

Os presos poderão ser visitados em dias determinados da semana; e es-

crever ou receber cartas em qualquer tempo. Terão um terreno separado, para jardim ou cultura, a que queiram applicar-se nas horas de recreio.

Poder-se-hão instituir pallostras, em que discutam e se occupem de qualquer assumpto util, observadas as regras que se julgarem convenientes.

Aqui o condemnado terá direito á terça parte do producto de seu trabalho. A metade dessa quota elle poderá despende desde logo, como lhe aprouver, indo a outra metade reunir-se ao peculio, que deve ter formado no segundo periodo com a parte de reserva que fór estabelecida.

Decorrido certo prazo, que será determinado pela duração da pena, deverá a comissão inspectora apresental-o como digno da clemencia imperial, uma vez que n'este caso a remissão nunca se refira a mais da quarta parte do tempo de prisão, á que o preso estiver sujeito por sentença.

Será elle tratado por seu proprio nome e não soffrerá neste periodo punição alguma disciplinar. Se, porém, commetter faltas, que desfaçam o bom conceito em que é tido, regressará ao segundo periodo, á classe superior, e até á média ou á inferior, conforme a gravidade da falta; sendo então obrigado a pagar certo numero de marcas. Para isso haverá toda a vigilancia sobre o seu procedimento, principalmente sobre o emprego, que elle der á parte disponivel do seu peculio; convindo, porém, que nessa inspecção haja a maior cautela; quo ella seja toda amigavel, e não se faça sentir a fim de que não revele falta de confiança.

Para se apreciar o regimen proposto pela comissão, ella apresentará por exemplo a pena de doze annos de prisão com trabalho, gráo médio do art. 193 do codigo criminal, como se fosse applicada a cinco réos diferentes A, B, C, D, E, que na prisão procedam diversamente.

Os réos sujeitos a esta pena passarão oito mezes no periodo penal; e no segundo o tempo necessario para obter 216 marcas nas classes inferiores e quatro annos e quatro mezes na superior; indo terminar o resto no periodo final, onde, depois de dous annos de permanencia, serão recommendados por dignos de perdão. Até certo ponto delles depouderá melhorar de sorte.

Assim A, obtendo nove marcas por mez, ficará no:

1.º Periodo.			8 mezes
2.º »	{	Classe inferior . . .	1 anno
		» média . . .	1 »
		» superior . . .	4 annos 4 »
3.º »			5 »

12 annos

Passados os dous primeiros annos no periodo final, o director apresentará o condemnado á comissão inspectora quo, em favor d'elle, deverá tentar o recurso de graça; podendo a pena ficar reduzida a nove annos do prisão.

B, obtendo seis marcas por mez, passará no

1.º Período.		8 mezes
2.º »	{ Classe inferior	1 anno 6 »
	» média	1 » 6 »
	» superior	4 annos 4 »
3.º »		4 »
		12 annos

A comissão deverá implorar a favor deste o perdão de dous annos, ficando a pena reduzida a dez.

C, que só conseguiu tres marcas por mez, soffrerá no

1.º Período.		8 mezes
2.º »	{ Classe inferior	3 annos
	» média	3 »
	» superior	4 » 4 »
3.º »		1 anno
		12 annos

D, com duas marcas por mez, attingirá apenas á classe superior, sendo no

1.º Período.		8 mezes
2.º »	{ Classe inferior	4 annos 6 »
	» média	4 » 6 »
	» superior	2 » 4 »
		12 annos

E, que, talvez por irregularidade de conducta, viu-se reduzido a uma unica marca por mez, concluirá a pena na classe média; assim:

1.º Período.		8 mezes
2.º »	{ Classe inferior	9 annos
	» média	2 » 4 »
		12 annos

Os incorrigíveis não irão além da classe inferior, podendo regressar temporariamente ao periodo penal.

Ao passo que os réos A e B (optimo e bom) podem esperar graça implorada pela comissão inspectora, e C (o soffrivel) tem de gozar das vantagens do terceiro periodo, seus companheiros D e E passarão todo o tempo da pena na prisão cellula, onde as condições serão ainda diversas, conforme o procedimento de cada um.

Esta marcha progressiva e lenta da prisão mais rigorosa até a inera detenção, onde o condemnado mostra que se tornou digno da sociedade a quem offendera, e reivindica o direito, que todos têm ao respeito e estima de seus concidadãos, é o que Davesiás de Pontés, tratando do systema de Crofton, denomina *gymnastica continua das faculdades moraes*.

A recuperação gradual da liberdade faz um contraste notavel com o abalo moral, que soffre o condemnado, passando rapida e violentamente da sociedade

para a prisão. E' que a confiança uma vez perdida não se recupera sem muito esforço e extraordinaria constancia. O condemnado passa por continuas provações até o periodo em que, readquirindo-a plena, como antes do crime, é apresentado aos olhos da sociedade como homem regenerado e bom. Elle proprio, tendo muitas vezes occasião de commetter faltas, habitua-se a vencer e dominar suas paixões, seus máos instinctos; e adquire, pouco a pouco, o por um exercicio constante, certa energia de vontade indispensavel para resistir, quando livre, ás tentações do crime e ás seducções do vicio.

Este regimen, ainda mesmo com as modificações propostas, não pôde ser executado unicamente no raio que hoje serve de casa de correccão.

As suas cellas são já insufficientes para os sentenciados, recebidos alli diariamente, como representou o director em officio de 29 de Julho de 1871; e tendo-se de edificar outro raio e a torre, ou edificio central necessario para capella, enfermaria e residencia dos guardas, pôde se construir um novo raio conforme o estylo panoptico e para o systema pennsylvanico, destinando-o aos presos que estiverem no periodo penal.

Os das classes inferior e média ficarão alojados na actual casa da correccão, e os da classe superior no edificio do actual calabouço.

O periodo de transição, porém, quando o preso se considera já regenerado, parece que não deve ter lugar no mesmo estabelecimento, onde estão os correcçionaes e ficam os incorrigiveis. A impropriedade do edificio e a estreiteza do local, além de considerações moraes de elevado alcance, aconselham a fundação de um estabelecimento de horticultura nos arrabaldes da cidade ou nos suburbios proximos a uma das estações da estrada de ferro — para prisão dos condemnados, que chegarem ao terceiro periodo.

Uma chacara com terreno sufficiente, abundancia d'agua e facilidade de communicações poderá completar o numero de prisões necessario para ensaio e experiencia daquelle systema, recommendado actualmente pelos homens que mais se applicam ao estudo e solução da importante questão da reforma e melhoramento dos criminosos.

Possam estas idéas merecer a approvação do governo imperial, que certamente, adoptará as que em sua sabedoria julgar mais convenientes.

Deus guarde a v. ex.

Rio de Janeiro, 15 de Fevereiro de 1874.

Illm. e exm. sr. conselheiro dr. Manoel Antonio Duarte de Azevedo, ministro e secretario de estado dos negocios da justiça.

Visconde de Jaguaray.

Antonio Nicoláo Tolentino.

André Augusto de Padua Fleury.

Dr. Luiz Bandeira de Gouvêa.

José Augusto Nascentes Pinto.

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

9.1.1

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Presunção de não-culpabilidade. Execução penal provisória e presunção de não-culpabilidade.

Ementa: A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não-culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

HC 80.535-3-SC – 1.ª T. – STF – j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 02.03.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 1.ª T. do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 12 de dezembro de 2000.

Moreira Alves, Presidente – Sepúlveda Pertence, Relator

RELATÓRIO – O Senhor Min. Sepúlveda Pertence: A sentença que condenou o paciente às penas dos arts. 343 e 344, CP, ao final, determinou:

“Transitada em julgado a sentença, lancem o nome dos réus no rol de culpados.”

Cingiu-se o TJSC a negar provimento às apelações.

Não obstante interposto recurso especial – cujo processamento, indeferido na origem, pendente de decisão de agravo – o Juiz determinou se expedisse mandado de prisão (f.).

Impetraram-se *habeas corpus*, sucessivamente, ao Tribunal local e ao STJ, que os denegaram.

O acórdão no STJ, da lavra do ilustre Min. Edson Vidigal, recebeu esta ementa:

“Mantida a decisão condenatória pela Corte Regional, a interposição de recurso especial, que em virtude da sua natureza excepcional não possui efeito suspensivo, não impede a execução da medida restritiva.”

Donde este pedido substitutivo do recurso ordinário, de cujas razões se extrata:

“9. Impetra o presente remédio perante a Suprema Corte alegando a interpretação jurídica diferenciada de trânsito em julgado de sentença e efeito suspensivo de recurso especial, pois entende ser aplicável ao caso concreto a regra do trânsito em julgado, porque a sentença condenatória foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Estadual, que

não determinou a expedição do mandado de prisão.

Ocorre que a sentença, confirmada pelo acórdão estadual, dispôs que somente após o trânsito em julgado devem ocorrer os seus efeitos:

‘Transitada em julgado, lancem o nome dos réus no rol dos culpados.’

Aliás, a nossa lei penal processual prescreve em vários dispositivos que somente *transitada em julgado a sentença condenatória* é que se promove a sua execução (arts. 63, 133, 143, 674 e 675, do CPP), destacando-se da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210, de 11.07.1984:

‘Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.’

A Constituição garante o trânsito em julgado da sentença condenatória. No presente caso, foi a própria sentença e o acórdão que asseguraram o trânsito em julgado da sentença condenatória e modificá-la antes disso é violar a garantia constitucional estabelecida no art. 5.º, XXXVI e LVII.

Ora, o efeito suspensivo de recurso especial não pode modificar os termos claros da sentença condenatória que declarou após ‘Transitada em Julgado’, confirmada pelo acórdão do Tribunal Estadual, sob pena de violar a garantia do devido processo legal e a garantia processual penal e constitucional da regra do trânsito em julgado. A condenação penal, de outro lado, é instituto de interpretação restrita, não admitindo aplicação, nem incidência de analogia à Lei 8.055/90, art. 27, § 2.º, que institui efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial.”

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustre Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO – O Sr. Min. Sepúlveda Pertence – (Relator): Aduz o parecer da Procuradoria-Geral:

“6. Segundo alega o recorrente, a sentença e o acórdão asseguraram o trânsito em julgado da sentença condenatória, por conseguinte qualquer modificação deste contexto incorreria em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

7. Na verdade, nos presentes autos, só se demonstra que emanou do Juízo de 1.º grau – f. 14 – o registro segundo o qual ‘transitada em julgado, lança-se o nome do réu no rol dos culpados’.

8. Quanto à decisão assumida em grau de apelação, a propósito, nada se diz, a não ser que, por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares e negado o provimento a este recurso dos apelantes (f.).

9. O registro então feito em 1.º grau para o ‘lançamento do nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado’ é perfeito, dada a presença do princípio constitucional da não-culpabilidade, todavia disto não se pode inferir óbice à execução provisória de decisão criminal afirmada, e reafirmada, nas instâncias ordinárias, posto que, como sabido e jurisprudencialmente consagrado, os possíveis recursos de índole excepcional não guardam efeito suspensivo.”

De minha parte, sigo convencido de que a garantia constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” é incompatível com qualquer modalidade de execução criminal provisória.

Em consequência, desde a Constituição, só é admissível a prisão processual, quando de finalidade cautelar, como tal devidamente motivada: fora daí, por definição, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a pretexto da falta de efeito suspensivo dos recursos ainda cabíveis, é execução provisória, que tenho por inconstitucional.

Assim, v.g., o meu voto vencido no *leading case* do Plenário (HC 69.964, Galvão, 18.12.1992, RTJ 147/243 e no HC 69.714, 1.ª T., Pertence, RTJ 148/408).

A jurisprudência do Tribunal, por suas duas Turmas, consolidou-se, entretanto, no sentido contrário (v.g., HC 68.968, 2.ª T., 11.02.1992, Brossard, RTJ 141/523; HC 69.605, 1.ª T., 13.10.1992, Gallotti, Lex 173/383; HC 70.666, 1.ª T., 19.10.1993, Pertence; HC 69.964, 1.ª T., Galvão, RTJ 147/243; HC 74.828-MG, 2.ª T., 25.02.1997, DJ 20.03.1997; HC 74.852, Corrêa, 2.ª T., 1.º.04.1997, DJ 23.05.1997; HC 73.930, 2.ª T., Maurício Corrêa, DJ 06.06.1997).

Não lhe infirma a aplicação ao caso a circunstância de a sentença de primeiro grau haver subordinado ao trânsito em julgado o lançamento do nome dos réus no rol de culpados.

Confirma-o o entendimento do Plenário: no mesmo dia do *leading case* aludido (HC 69.964), em 18.12.1992, o Tribunal deferiu o HC 69.696, relator o eminente Min. Celso de Mello, no qual ficou assentado:

“O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

A norma inscrita no art. 408, § 1.º, do CPP – que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5.º, LVII).

A expressão legal ‘rol dos culpados’ não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas já definitivamente condenadas.”

Continuo sem entender que, em nome de presunção constitucional de não-culpabilidade, se repila a formalidade da inclusão no rol dos culpados, mas se admita a execução provisória – e, por si mesma, irremediável – da condenação.

Essa, contudo, é a jurisprudência firme do Tribunal, neste momento, sem perspectiva de revisão.

Denego a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA – Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Guaracy Freitas. 1.ª T., 12.12.2000.

Presidência do Min. Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

COMENTÁRIO

O recente acórdão supra do STF, no sentido da admissibilidade da execução provisória de sentença criminal condenatória – e essa, assinala o julgador, “é a jurisprudência firme do Tribunal, neste momento, sem perspectiva de revisão” –, encerra um absurdo jurídico.

Ora, a lei não adota nem nunca adotou essa modalidade de execução, pois nosso legislador jamais perpetró tamanha barbaridade, incompatível com o Direito Processual Penal (imaginem-se a execução de uma pena de morte na pendência de recurso!), em que pese a uma opinião doutrinária, completamente equivocada como se verá, de que havia sido autorizada por dispositivo, não mais vigente, do Código de Processo Penal.

O pior é que o eminente relator, posto tenha enfaticamente afirmado sua convicção da inconstitucionalidade da medida, negou a ordem! Parodiando a interrogação de saudoso sambista, poder-se-ia indagar: *onde está a coerência?*

Esse descompasso entre a fundamentação e a conclusão leva ao que na doutrina italiana se tem chamado de “sentença suicida”. Aqui não se trata de um mero equívoco de redação, ou de manifestação incongruente, mas de deliberada tomada de posição ao lado da maioria vencedora no Tribunal. Certamente procurando esclarecer a situação, a ementa do acórdão incluiu cláusula que não está no voto: “Com ressalva da firme convicção em contrário do relator”. Pode?

E que negócio é esse de ter o julgador uma “firme convicção” e votar contra ela?

Em resumo, o caso foi o seguinte: A sentença condenatória, sem mandar expedir mandado de prisão, nem mesmo com a condição de que a expedição se faça após o trânsito em julgado da decisão, determinou, entretanto, fosse incluído o nome do réu no rol dos culpados *após o trânsito em julgado*. Sentença confirmada, sem cogitar o acórdão de prisão desde logo. Interposto recurso especial, seguido do inevitável agravo. Pronto. O juiz mandou expedir o mandado de prisão. Daí pedidos de *habeas corpus* sucessivamente ao Tribunal local, ao STJ e ao STF, Tribunais que, todos eles, os denegaram.

No Supremo Tribunal foi feita uma referência à impetração como “pedido substitutivo de recurso ordinário”, matéria no caso sem maior relevância mas que não deixa de merecer, particularmente, também ela, um ligeiro comentário. É que a impetração, em realidade, não é uma substituição ao recurso ordinário, mas uma escolha entre duas opções possíveis para alcançar a modificação de acórdão denegatório do *writ*, como observamos em nosso *Doutrina e prática do habeas corpus*. A expressão surgiu na vigência da Carta anterior, quando foi vedada a impetração originária do remédio constitucional se cabível o recurso ordinário. No fundo, o que se proibia não era uma substituição, mas a utilização do *habeas corpus*. Voltemos, porém, à questão principal.

Da argumentação do impetrante em parte reproduzida no relatório se vê que fundamento nuclear do pedido foi o de que a prisão do paciente só poderia dar-se depois de passado em julgado o acórdão. E que três razões levavam a isso:

a) Nem a sentença de primeiro grau, nem o acórdão que a confirmou, mandou expedir mandado de prisão em qualquer época;

b) A sentença, confirmada pelo Tribunal local, com o determinar que, “transitada em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados”, dispôs que somente após o trânsito em julgado devem ocorrer os seus efeitos; e

c) Nossa lei processual penal prescreve em vários dispositivos que somente transitada em julgado a sentença condenatória é que se promove a sua execução.

Quanto ao primeiro argumento, se nem a sentença nem o acórdão do Tribunal local fixou a época da prisão, cabia, então, no julgamento dos *habeas corpus* verificar, para a indagação da existência ou não de constrangimento ilegal diante da alegação de prisão prematura, qual seria a época certa, o que não se fez.

Ora, se a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível depende de disposição naquela mesma decisão, uma vez que pode restar afastada no caso concreto, e não tendo ela sido determinada, nem tendo o acórdão modificado a sentença, segue-se que, realmente, só deveria o juiz vir a cogitar da expedição de mandado de prisão para fins de execução da pena, o que só pode realizar-se após o trânsito em julgado da sentença, estando na ocasião solto o réu.

Trata-se de modalidade de prisão para a qual, talvez por sua teórica curta duração e finalidade específica, não têm atentado a doutrina e a jurisprudência: *a prisão preparatória para a execução da pena*, como a denomino.

Note-se que essa espécie de prisão processual não se confunde com execução de pena corporal, visto que a execução da pena pressupõe a expedição de *carta de guia* (ou *guia de recolhimento*, como hoje fala a Lei de Execução Fiscal), e isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória e desde que o réu já esteja ou venha a ser preso, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674, e do mesmo modo agora dispõe a LEP, no art. 105, sendo certo ainda que da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado (art. 106, III, da mesma LEP).

Precisamente porque só depois de preso o réu poderá ser expedida a guia, dispunha o Código, art. 675, que se tiver havido recurso, no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado (*o que, evidentemente, aplica-se a casos em que o réu por outro motivo estiver solto*), logo que transite em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão.

Pois bem. Se não era oportuna a *prisão preparatória para a execução da pena* (recorde-se que havia recurso pendente de julgamento), e se o tribunal de segundo grau não determinou a prisão (nem poderia fazê-lo, numa intolerável *reformatio in pejus*, já que não houve recurso também da acusação tendente à

obtenção da custódia, nem era caso de recurso de ofício), havia coação ilegal a desafiar *habeas corpus*.

Só que no STF a discussão transviou-se diretamente para questão ali já muito debatida, posto que mal deslindada, qual seja a da aceitação da execução provisória da pena. E teve, mais uma vez, como já tivera no Superior Tribunal de Justiça, solução infeliz, como ainda se verá.

Ao outro argumento da impetração, de que era inoportuna a expedição do mandado de prisão porque a sentença relegou a inclusão do nome do réu no livro rol dos culpados para quando transitada em julgado, também não se deu maior atenção.

A cláusula “após transitar em julgado”, com que expressamente se marcou para época posterior à da sentença a inclusão do nome do réu no livro *rol dos culpados*, de fato não abrangia a da prisão.

É bem de ver, entretanto, que uma, ou seja, a inclusão do nome no rol dos culpados, é, segundo dispõe o Código de Processo Penal, um dos efeitos da sentença condenatória recorrível, a operar desde logo, razão por que as sentenças condenatórias sempre a determinavam, entendido, como não podia deixar de ser, e disso jamais se duvidou, que a determinação era para ser logo cumprida; e se a sentença, contrariando a regra legal, agiu com acerto justamente porque essa regra ficou modificada em decorrência do princípio constitucional da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, a época da prisão, por identidade de razão jurídica, teria de ser entendida como sendo a mesma.

E isso até com maior razão: pois se se veda *o menos*, que é lançamento do nome do réu no rol dos culpados, providência reversível, não é de se admitir *o mais*, de muito maior gravidade, que é a execução, sem caminho de volta, de uma pena ainda não definitivamente imposta.

A ementa do acórdão, portanto, afirmando, forte na jurisprudência assente do Tribunal, que “a presunção constitucional da não-culpabilidade – o que leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário”, encerra um absurdo.

O Supremo Tribunal bate na mesma tecla do acórdão do STJ, impressionado, também ele, com a questão de faltar ao recurso especial efeito suspensivo que pudesse impedir a “execução da medida restritiva” em face de decisão condenatória mantida por tribunal local.

Efeito suspensivo? Que efeito suspensivo?

O que importa saber, no caso, não é se o recurso terá ou não esse ou aquele efeito, *mas se acórdão pode produzir um determinado efeito*, ou seja, o efeito de impedir imediatamente a liberdade ou, como no caso, de dar margem à imediata execução da pena, ainda que provisoriamente. Porque, se não puder produzir semelhante efeito, não terá importância o efeito de que o recurso for ou não capaz.

O problema está, pois, em saber se basta sobrevir acórdão condenatório para que tão logo seja provisoriamente executado. Isso, aliás, nem devia chegar a ser problema, uma vez que, com ou sem efeito suspensivo, a regra constitucional da não-culpabilidade se sobreporia ao decantado efeito. Mas como os mencionados tribunais superiores dão mais valor à falta do efeito que ao princípio constitucional, vamos ao problema.

E aqui caímos na terceira razão com que o impetrante justifica a impossibilidade da execução provisória. Simples mas poderosa: nossa legislação processual penal só admite execução depois de passar em julgado a condenação.

Execução provisória, com efeito, como de início foi dito, não se coaduna com o Direito processual penal. No cível é admitida, mas mesmo aí só até certo ponto. Adianta-se o procedimento, mas sem se completar a execução, que não é levada às últimas consequências, o que poderia frustrar o objetivo do recurso. Até mesmo nas execuções fiscais, em que a Fazenda goza de privilégios, não permitiu a lei que no processo da execução provisória se chegasse a “entregar o ouro” ao fisco antes de transitar em julgado a decisão que tiver rejeitado os embargos do executado.

Já se afirmou na doutrina que “antes da LEP, o art. 669, I, do CPP, cuidava de uma provisória execução da pena”, sendo que, com o advento daquele diploma, tornou-se imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena.

De fato, era no capítulo referente à execução que se achava no Código o dispositivo legal em questão, que já até perdeu valor com o advento da Lei de Execução Penal, que não o repete. Mas o certo é que a mencionada Lei de Execução não acabou com execução provisória nenhuma, pela simples razão de que não podia ter acabado com o que nunca existiu.

Li e reli o art. 669 do CPP e não vislumbrei nele, talvez por falta de uma menção expressa e clara, a contemplação da execução provisória da pena, imaginada por excelentes juristas, que procuram nele um suposto amparo para seu entendimento. Aqui, ponto para o Código, por vezes vilipendiado com os epítetos de fascista e atrasado.

Eis o texto do mencionado dispositivo legal:

“Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo:

I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança.”

O que estou vendo aí é a reafirmação da regra geral da execução definitiva da sentença, permitindo-se, porém, atuem desde logo alguns efeitos para tanto conferidos à decisão. Dentre eles, o da prisão, já exigida, aliás, pelo art. 393, I. Só que essa prisão não se pode confundir com a privação da liberdade como pena, o *carcer ad poenam*, não só porque a lei não diz isso, mas, também, porque a execução da pena pressupõe a expedição de carta de guia (ou guia de recolhimento, como hoje fala a Lei de Execução Penal), e *isso só se faz depois de transitada em*

julgado a sentença condenatória, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674, *verbis*:

“Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu não estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.”

Do mesmo modo agora dispõe a LEP, no art. 105:

“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

E mais: da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado (art. 106, III).

Depois, seria uma esquisitice admitir fiança em caso de cumprimento de pena, o que bem mostra que o art. 669, I, que a admitia, não excogitava uma inconcebível execução provisória de pena. O citado dispositivo, efetivamente, apenas reafirmava o que já dispunha o art. 393, I.

A regra, pois, é a da execução somente após o trânsito em julgado da condenação.

2. É fácil conjecturar a razão daquele entendimento. O Código estabeleceu uma prisão como efeito da sentença condenatória recorrível. Essa prisão tem sido entendida por alguns estudiosos como cautelar e, por outra corrente, agora prestigiada por nossos mais altos tribunais, como execução provisória da pena. A primeira opinião se enfraqueceu por motivo de não se aceitar uma medida cautelar por simples força da lei, sem verificação de sua necessidade em concreto. Isso tem levado a uma preferência pela outra corrente, o que soa como uma emenda pior que o soneto.

O grande problema, então, estaria em saber se cabe, e nessa hipótese em que condições, a privação da liberdade por força de sentença condenatória ainda não exequível.

Bem, se não adiro à corrente que aceita a prisão a título de execução provisória da pena, também não acompanho a outra, que a admite como prisão cautelar por efeito automático da condenação.

Dela, é certo, cuidou o Código no art. 393, I, ao dizer que a sentença condenatória produz o efeito de “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança” (outras exceções não expressas existem, como já apontei em antiga obra).

Para reforçá-lo, o art. 594 condicionou o direito do réu de apelar de seu recolhimento à prisão, também com as exceções. Abrandando-lhe o rigor, trouxe a lei nova exceção, referente ao réu primário e de bons antecedentes, o que, por razões que aqui não vêm a pelo apontar, refletiu-se no citado art. 393, I.

Repita-se, entretanto, com a melhor doutrina, que a exigência do recolhimento ao cárcere para apelar, do art. 594 do CPP, encontra agora óbice no princípio constitucional da amplitude da defesa.

Condicionar o direito de defender-se em apelação a entregar-se previamente à prisão seria, com efeito, exigir um terrível preço para o exercício do sagrado direito de defesa. Um preço muito caro que se tem pago para ter o direito de provar a inocência.

É precisamente por essa razão, e não em virtude do princípio da presunção da inocência, no qual por algum tempo se procurou fundamento para afastar a incidência do art. 594, que não mais prevalece o ônus de recolher-se o réu à prisão para apelar.

A presunção da inocência impediria, com efeito, como já foi dito, um antecipado *carcer ad poenam*, mas não o *carcer ad custodiam*, que, aliás, a Constituição mesma admite.

Daí por que não mais tem importância, hoje, depois da Carta de 88, indagar em que hipóteses o art. 594 impõe ou não o ônus do recolhimento à prisão *ad recursum*. É que em nenhum caso, em nenhum caso mesmo — tenha o réu bons ou maus antecedentes, seja primário ou não, crime afiançável ou inafiançável, não importa — prevalecerá a exigência daquele dispositivo do Código de Processo Penal. Isso pela simples razão de achar-se ele varrido de nossa legislação, tacitamente ab-rogado que ficou por incompatibilidade com a nova Constituição.

Objetar-se-ia, porém, que, se já não se pode mais exigir do réu condenado que se recolha à prisão para apelar, poderia o juiz ou tribunal determinar a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória, como efeito dela, por força do que dispõe o art. 393, I, do CPP.

É bem de ver, inicialmente, que o fato de o art. 594 se ter tornado ineficaz trouxe a conseqüência do enfraquecimento da regra da prisão como efeito da sentença condenatória recorrível, instituída no art. 393, I, a que o citado art. 594 visava fortalecer.

Tanto assim que seria um despropósito, posto já recomendado na doutrina, mandar o juiz, só para atender ao art. 393, I, expedir mandado de prisão contra réu de maus antecedentes, condenado por crime inafiançável, devendo, porém, admitir sua apelação independentemente do recolhimento à prisão, agora para atender também ao princípio da amplitude da defesa! Nem é usual semelhante procedimento. Os juízes, de modo geral, não o adotam. Como já escrevi alhures, poder o réu primário e de bons antecedentes apelar solto nos termos do art. 594, mas ficar sujeito, por outro lado, a ser preso por determinação do juiz com base no art. 393, I, equivaleria ao absurdo de ser ele forçado ou seduzido a foragir-se, o que nenhum benefício traria para a justiça.

Andavam tão juntos e entrelaçados aqueles dois dispositivos legais que, acredito, o art. 594 levou tanto tempo a perder substância, a despeito da ancianidade do princípio da amplitude da defesa, porque atrelado ao art. 393, que o segurava, fazendo dele um auxiliar a facilitar sua própria atuação.

E, de fato, o que aqui mais releva considerar é que a regra do art. 393 esbarra, hoje, também ela, em dispositivo constitucional, agora, sim, aquele que trata da presunção da inocência, ou, como também se costuma dizer, da presunção da

não-culpabilidade. Pois não se coaduna com o princípio de ser o réu considerado inocente enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, prendê-lo só porque foi dada a sentença, sem necessidade de cogitar-se da conveniência, em cada caso, de uma prisão cautelar.

E a colocação em custódia de réu solto que vem a ser condenado, pelo só efeito automático de sentença recorrível, não pode, de modo algum, justificar-se como uma medida cautelar, uma vez que esta poderia, em muitos casos, ser completamente desnecessária.

Mas a se entender que é aceitável semelhante modalidade de prisão cautelar, com presunção legal do *periculum in mora*, só por isso ela já deixará de prevalecer em nossa legislação, uma vez que agora de modo geral já não basta, para a prisão, a existência de ordem escrita de autoridade judiciária competente, sendo necessário, também, que a ordem escrita seja *fundamentada*, por força do que dispõe o inc. LXI do art. 5.º da Constituição.

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como a consagrou o Código, impondo-a compulsória e automaticamente, como efeito da sentença, sem de modo algum qualificá-la como cautelar, importava uma presunção de culpa do condenado a justificar uma prisão processual até que não fosse a decisão modificada. Tanto assim que mandou fosse o nome do réu logo lançado no livro rol dos culpados, também pelo só efeito da sentença. A Constituição atual seguiu o caminho contrário, com a regra da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, enquanto não transitada em julgado a sentença. E com toda razão. O número de decisões condenatórias juridicamente inexistentes, nulas, erradas ou injustas é muito mais elevado do que seria razoável supor.

Era uma prisão tendo em vista apenas a realidade de uma sentença condenatória. É, aliás, muito de nossa cultura que a prisão seja logo imposta. No fundo, um desejo legítimo de justiça, e de justiça rápida.

Algumas das primitivas disposições do Código corroboram a assertiva. Assim, a prisão em flagrante. Só anos depois veio a lei a permitir a liberdade provisória quando ausentes os motivos que justificariam a decretação da prisão preventiva. Já a prisão preventiva, posto não devesse ser decretada se houvesse prova de causa de exclusão do crime, se provado estivesse o fato e ocorressem indícios suficientes da autoria, era de ser compulsoriamente imposta em figuras delituosas mais graves, até quando veio a ser modificada a lei.

Se, como visto, a regra da presunção da inocência não é de molde a afastar a adoção de uma prisão provisória, ela serve, por outro lado, como uma recomendação de que sua aplicação deverá limitar-se a casos de justificada necessidade, pelo que não poderia atuar automaticamente.

Aí está, pois, mais uma razão a afastar a aceitação de uma presunção legal da necessidade da prisão, bem como de sua imposição por simples força de sentença condenatória recorrível.

É aceitável, entretanto, diante da regra, que foi abraçada pelo Código, da prisão automática, que assim não pode subsistir que ela sobreviva como permis-

são para que o juiz, naqueles casos em que a prisão caberia como efeito da sentença, também na oportunidade dela, fundamentadamente decrete, se for caso, isto é, se houver real necessidade da cautela, uma prisão preventiva.

3. Isso nos leva, à margem do assunto, mas guardando estreita relação com ele, a dizer agora sobre outra prática que se está tornando freqüente, qual seja a da expedição de mandado de prisão nos tribunais, quer nos julgamentos originários, quer ao manter sentença condenatória contra réu que apelou solto, quer ao dar provimento, para condenar o recorrido, a apelação do Ministério Público ou do querelante. Vejamos, então, como e quando pode ocorrer a prisão.

A lei não se referiu aos efeitos de acórdão condenatório em processo de competência originária. Sem dúvida seria de aplicar-se, por identidade de razão jurídica, a regra do art. 393, I, se ela não estivesse derogada por força de preceito constitucional superveniente, mesmo porque acórdão também é sentença. Descaberá, então, a prisão, enquanto não transitar em julgado o acórdão, visto que ela não é mais uma automática consequência da condenação, a não ser que o tribunal a imponha, fundamentadamente, como medida cautelar.

Do mesmo modo, se o réu foi absolvido no primeiro grau jurisdicional, está solto, e o tribunal o condena, este poderá ao fazê-lo impor a prisão, mas como medida cautelar devidamente fundamentada, se for caso dela. A antiga regra do art. 675, segundo a qual o presidente da câmara ou do Tribunal fará, logo após a sessão de julgamento, remeter ao chefe de Polícia o mandado de prisão do condenado, igualmente ao que ocorre com o art. 393, I, ficou derogada pela disposição constitucional da não-culpabilidade.

É claro que, se tiver havido recurso, no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, só depois de transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão, como já dispunha o citado art. 675 do Código. O direito de livrar-se solto, continuando este a ser o caso, bem como o direito à liberdade provisória mediante fiança prestada não cessam pelo fato de ter sido mantida a condenação.

Essa mesma regra também se aplica se por outra razão estiver solto o réu. Assim, se apelou em liberdade por ter sido considerado primário e de bons antecedentes. Ou se, independentemente disso, como agora é de ser a regra e foi visto acima, não lhe foi decretada a prisão. Mas é bem de ver que, se houve recurso da acusação pleiteando prisão não determinada pelo juiz, outra poderá ser a situação se vier a ser provido o recurso.

4. Situação diferente é a do réu que já esteja preso ao sobrevir a condenação. Casos há, isso não obstante, em que até deva ser colocado em liberdade. Isso, porém, refoge à matéria que deu margem a estas notas, que já vão por demais longas.