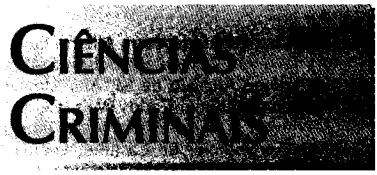
Revista Brasileira de



Ano 17 • n. 78 • maio-jun. / 2009

Revista Brasileira de

CIÊNCIAS CRIMINAIS

Presidente **SÉRGIO MAZINA MARTINS**
Coordenadora **ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA**

Ano 17 • n. 78 • maio-jun. 2009

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes

CONSELHO DIRETIVO DA REVISTA – Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, Renato de Mello Jorge Silveira, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Mauricio Genofre, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de

CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 17 • n. 78 • maio-jun. / 2009

Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 17 • n. 78 • maio-jun. 2009

Presidente
Sérgio Mazina Martins
Coordenadora
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

© edição e distribuição da

Editora Revista dos Tribunais Ltda.

Diretor responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/98.

Central de Relacionamento RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/0001-52



EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Sumário

I. Direito Penal

1. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio" e comentário
   Luís Greco e Bernd Schünemann 7

2. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista
   Marco Antonio Santos Reis 41

3. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho
   Urs Kindhäuser 75

II. Processo Penal

1. O cumprimento de ordem judicial pelo registrador: aspectos penais e processuais penais
   Antonio Scarance Fernandes 93

2. A admissibilidade da animação forense como meio de prova no Poder Judiciário
   Caroline Sampaio de Almeida e Cinthia O. de A. Freitas 136

3. A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial
   Marlise Scheid Sausen 163

4. Violencia familiar y exclusión del hogar del agresor
   Maximiliano Hairabedián e María de los Milagros Gorgas 200

III. Crime e Sociedade

1. Polícia e direitos humanos: critérios racionais de ação
Eliomar Silva Pereira 229

2. O controle preventivo das infrações éticas
José Renato Nalini 261

3. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes?
Lenio Luiz Streck 284

4. Transtorno mental e criminalidade na adolescência: notas para uma análise crítica da patologização do adolescente autor de ato infracional
Maria Cristina G. Vicentin e Miriam Debieux Rosa 320

IV. Sistema Prisional

1. O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político
Karina Nogueira Vasconcelos 349

V. História do Direito Penal

1. O crime em Alagoas na primeira república
Ulisses Neves Rafael 389

VI. Seção Especial: Acesso à Justiça e Defensoria Pública

1. A Defensoria Pública de São Paulo: um modelo inovador de assistência jurídica gratuita
Thais A. Soares 411

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 427
Temas 429

IBCCRIM – Diretoria da gestão 2009-2010 433

Normas de Publicação para Autores 435



IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2009/2010

Diretoria executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira
Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores-chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadores Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8.ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10.ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

11.ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

I Direito Penal

1
As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio"

Luís Greco

Assistente científico do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann na Ludwig Maximilians Universität, Munique. Doutor e Mestre em Direito pela mesma instituição.

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Filosofia do Direito

Resumo: O inimaginável já há muito se tornou realidade: está tendo lugar na Alemanha uma discussão doutrinária a respeito da legitimidade da tortura.[1] As reflexões que seguem querem explicitar algumas premissas, poucas vezes formuladas de modo claro, de que parte o ponto de vista segundo o qual a tortura seria legítima em casos excepcionais – a saber, as premissas de que a dignidade humana pode caducar e de que ela se encontra sujeita a uma reserva de custos – e, com isso, submeter esse ponto de vista a uma crítica fundamental.

Abstract: The unthinkable is once again real: There is an ongoing discussion in Germany about the legitimacy of torture. The following article tries to clarify and criticize some of the premises implicit to the point of view according to which torture might be lawful in exceptional cases, namely that human dignity may be forfeited and that it is subjected to a cost threshold.

1. Agora já é tarde demais para que o opositor da tortura possa manter-se calado no interesse da manutenção do tabu (propondo uma tal postura, por exemplo, Kramer, Wunsch nach Folter, *KritJ* (33), 2000, p. 624 e ss., p. 625; Zizek, *Welcome to the desert of the real*, London/New York 2002, p. 103; Hamm, *Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!*, NJW, 2003, p. 946).

Palavras-chave: Tortura – Dignidade humana – Terrorismo – Direito penal de emergência – Proporcionalidade.

Keywords: Torture – Human dignity – Terrorism – Emergency criminal law – Balancing of rights.

Sumário: Introdução – 1. Exceções à proibição de torturar nos casos de bombas-relógio? – 2. Exceções e regras, exceções como regras – 3. Crítica à regra da decadência – 4. Crítica à regra dos custos – 5. Conclusão – Comentário ao estudo de Luís Greco.

Introdução[2]

Torturar é proibido. O fundamento desta proibição está em que a tortura viola a dignidade humana. Quanto a estas duas afirmativas, em si carecedoras tanto de precisão quanto de justificação,[3] há amplo

2. Tradução, com pequenas alterações, do original *Die Regeln hinter der Ausnahme – Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb Konstellationen*, publicado em *GA*, 2007, p. 628 e ss. Agradeço a Eduardo Javier Riggi (LL.M. Barcelona UPF-UB; doutor pela Universidade Pompeu Fabra, Barcelona), cuja tradução para o espanhol, publicada em InDret 4/2007, n. 423 e na *Revista Peruana de Ciencias Penales* 20 (2008), p. 205 e ss., em muito me facilitou na elaboração desta versão em português. Optei também por manter a maior parte de suas notas de tradutor, que são úteis não apenas para o público de língua espanhola.
3. A primeira questão que deveria ser esclarecida é o que se deve, exatamente, entender por tortura (no mesmo sentido Hilgendorf, *Folter im Rechtsstaat?* JZ, 2004, p. 331 e ss., p. 331). Apesar de amplamente aceita, a definição constante na Convenção Anti-Tortura da ONU é um tanto problemática. Segundo esta definição, a tortura é, fundamentalmente, a causação intencional pelo Estado de consideráveis dores ou sofrimentos, físicos ou psíquicos (art. 1.°, I, 1). O primeiro defeito a apontar-se é que uma definição calcada na "dor ou sofrimento" fica presa numa perspectiva psicológico-naturalista (similar Stobbe, Die Unmenschlichkeit der Folter, em Beestermöller; Brunkhorst (eds.), *Rückkehr der Folter*, 2006, p. 36 e ss., p. 40; nisso andou melhor a definição constante no art. 2.° da *Convenção Interamericana para a prevenção e castigo da tortura, de 1985*, sobre ela Bossuyt, Two New Regional Conventions with Respect to the Prohibition of Torture, em Matscher [ed.], *Folterverbot sowie Religionsfreiheit im Rechtsvergleich*, 1990, p. 81 e ss., p. 86-87). Se formos conseqüentes, teremos de afirmar a tortura no caso de alguém que raspa a cabeça de uma modelo que faz fotos para shampoo, causando sofrimentos psíquicos enormes, ao mesmo tempo em que teremos de negar a tortura no caso em que alguém chicoteia o crente disposto ao martírio ou o masoquista. A insuficiência do modelo psicologista

é percebida pela própria Convenção, que por isso complementou a definição mencionada com o disposto no objetável § 2.°, o qual dispõe que dores e sofrimentos resultantes de sanções legais não são compreendidos pelo conceito de tortura. Essa limitação cria outros problemas, pois torna possível negar a existência de tortura por meio da cômoda alegação de que só se está impondo a sanção prevista em lei (cf. as fundadas críticas de Tomuschat, Rechtlicher Schutz gegen Folter, em Schulz-Hageleit [ed.], *Alltag-Macht-Folter*, 1989, p. 95 e ss., p. 102; e de Hilgendorf, *JZ*, 2004, p. 334 – os quais, ainda assim, não chegam a perceber que o psicologismo é a raiz do problema). Ao que parece, o aspecto decisivo da tortura não é a imposição de dor ou sofrimento, e sim o *exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa*, tendo relevância aqui o fato de que o torturado se encontra à mercê do Estado, isto é, em sua guarda ou posse (sublinhando o aspecto central da guarda Joerden, Über ein vermeintliches Recht (des Staates), aus Menschenliebe zu foltern, *Jahrbuch für Recht und Ethik* [13], 2005, p. 495 e ss., p. 517; relevando sobretudo o exercício de poder Reemtsma, Wir sind alles für Dich, em Reemtsma [ed.], *Folter*, 1991, p. 7 e ss., p. 13; vide também Parry, Escalation and Necessity, em Levinson [ed.], *Torture – A collection*, Oxford/New York 2004, p. 145 e ss., p. 153, falando no que ele chama de perversidade da tortura, isto é, na inversão das concepções tradicionais de ação, consentimento e responsabilidade que a tortura provoca, uma vez que a tortura teria o significado de que o torturado, ao não cooperar, seria o próprio autor das ações de tortura).

Em segundo lugar, dever-se-ia explicitar de modo mais preciso em que consiste exatamente a alegada violação da dignidade pela tortura. Só então será possível resolver a controvérsia a respeito de se a mera ameaça de imposição de dor física como se deu no caso Daschner (vide a próxima nota) representa já tortura (em sentido afirmativo, em geral subsumindo a ameaça sob o conceito de "dor psíquica" Jessberger, Wenn du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu, *Jura*, 2003, p. 711 e ss., p. 714; Gaede, Die Fragilität des Folterverbots, em Camprubi [ed.], *Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis*, 2004, p. 155 e ss., p. 165; Ellbogen, Zur Unzulässigkeit der Folter (auch) im präventiven Bereich, *Jura*, 2005, p. 339 e ss., p. 340; Joerden, *Jahrbuch für Recht und Ethik* [13], 2005, p. 521; R. Marx, Folter: eine zulässige Polizeiliche *Präventionsmassnahme*?, em Gehl [ed.], *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?*, 2005, p. 95 e ss., p. 102 [= *KritJ* (37), 2004, p. 278 e ss.]; Schild, Folter (androhung) als Straftat, em Gehl [n. 2], p. 59 e ss., p. 61; a respeito vide, ademais, Kinzig, Not kennt kein Gebot?, em Gehl [n. 2], p. 11 e ss., p. 19 e ss. e Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, em *Festschrift für, Eser*, 2005, p. 461 e ss., p. 464; Idem, Rettungsfolter?, em *Festschrift für Nehm*, 2006, p. 161 e ss., p. 169, os quais, ao superarem o psicologismo, abrem novas perspectivas, afirmando que a ameaça de dor e a efetiva imposição desta se igualariam em seu efeito de quebrar a vontade; em

consenso, de maneira que, na presente sede, se cuidará de outra questão, a saber: se a proibição da tortura, fundada na dignidade humana, deve ou não ser relativizada em certos grupos de casos. É este o objeto da intensa discussão atual, que, na Alemanha, foi acendida após o caso Metzler-Gäfgen-Daschner e, nos Estados Unidos, depois do atentado contra as torres gêmeas em Nova Iorque.[4] Em Israel, pelo contrário, já se discute há pelo menos duas décadas a respeito da licitude da utilização da tortura na luta contra o terrorismo.[5]

Ainda que *prima facie* humanitária, a verdade é que a proibição absoluta pode resultar um tanto dolorosa em situações de necessidade. Pensemos no pior: uma cidade inteira como Munique, Nova Iorque, Barcelona ou Rio de Janeiro, desaparecerá do mapa se não se consegue fazer falar o terrorista responsável pela bomba e que acaba de ser capturado.

Apesar de um tanto raras, tais hipóteses – chamadas casos de bomba-relógio (*ticking-time-bomb-cases*) – são de enorme relevância teórica, porque só elas oferecem ao defensor da proibição absoluta a oportunidade de testar a firmeza de sua convicção. Por isso, não se optará no presente trabalho por estratégias um tanto difundidas entre os que defendem a proibição no sentido de se esquivar do caso da bomba-

sentido negativo Hilgendorf, *JZ*, 2004, p. 338 e ss., e sobretudo Herzberg, Folter und Menschenwürde, *JZ*, 2005, p. 321 ss., y p. 325 e ss.; Kretschmer, Folter in Deutschland, *RuP*, 2003, p. 102 e ss., p. 107: não há tortura, mas sim tratamento degradante; Schulz, Das Folterverbot der EMRK und seine Auswirkungen auf das Strafrecht, em Lenzen [ed.], *Ist Folter erlaubt?*, 2006, p. 77 e ss., p. 87. Os importantes argumentos de Herzberg demonstram, a meu ver, menos a inexistência de tortura nos casos de mera ameaça do que a necessidade de se superar a perspectiva psicologista acima criticada).

4. Maiores detalhes a respeito da discussão americana no curso do texto. Veja-se R. Marx, Globaler Krieg gegen den Terrorismus und territorial gebrochene Menschenrechte, *KritJ* (39), 2006, p. 151 e ss., p. 153 e ss., para a visão do governo dos EUA sobre a tortura.

5. Centrais para a discussão científica foram sobretudo o parecer da chamada Comissão Landau (resumo publicado em *Israel Law Review* [*IsLR*] [23], 1989, p. 146 e ss., no qual, entre outras coisas, se opina pela juridicidade dos métodos de interrogatório do chamado Serviço Geral de Segurança (General Security Service, ou GSS), e a decisão do Tribunal Superior [resumo publicado em Levinson [n. 2], p. 165 e ss.). Sobre todo esse debate, resumidamente, Ehrlich, Johannsen, Folter im Dienste der Sicherheit?, em Hasse e outros (eds.), *Menschenrechte*, 2002, p. 332 e ss.

relógio, aludindo à diminuta probabilidade de sua ocorrência.[6] O caso será levado a sério, para perguntar se de fato não se deve defender uma exceção à proibição de torturar. E tampouco serão discutidos os detalhes do caso concreto ocorrido em Frankfurt.[7] O que nos interessa é a *questão abstrata do caráter absoluto ou não da proibição de tortura.* Este caráter absoluto só será submetido à prova de fogo se estivermos dispostos a defendê-lo mesmo diante do pior.

Por esta razão nos absteremos, ademais, de discutir a regulamentação jurídico-positiva da tortura. Ainda que o direito positivo, alemão ou brasileiro, pareça rechaçar de modo suficientemente claro e decidido qualquer exceção à proibição de torturar,[8] não parece despiciendo refletir num nível mais jusfilosófico sobre os fundamentos dessa postura.

6. Assim, porém, RAESS, *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*, 1989, p. 112 e ss.; Kramer, *KritJ* (33), 2000, p. 624; SCHLINK, em BRUGGER, Schlink, Darf der Staat foltern? – Eine Podiumsdiskussion, *HFR* 2002, Beitrag 4, p. 6; Shue, Torture, em Levinson (n. 2), p. 47 ss. p. 57 e ss.; ao que parece também Zizek (n. 1), p. 104.
7. A respeito, vide a decisão do LG Frankfurt, *NJW*, 2005, p. 692 e as referências na próxima nota.
8. Para o direito brasileiro, cf. o art. 5.°, III, da CF e o art. 1.° da Lei 9.455/1997. Relevando o caráter unívoco do direito positivo alemão, por exemplo, Düx, *ZRP*, 2002, p. 180; Kretschmer, *RuP*, 2003, p. 108; Jahn, Gute Folter – Schlechte Folter?, *KritV*, 2004, p. 24 e ss., p. 35; Roxin, Rettungsfolter? (n. 2), p. 163; Schild, Folter einst und jetzt, em Nitschke (ed.), *Rettungsfolter im modernen Rechtstaat?*, 2005, p. 69 e ss., p. 80. Sobre a regulamentação jurídico-positiva alemã em detalhe (e, em parte, discutindo o caso de *Frankfurt*) Hecker, Relativierung des Folterverbots in der BRD?, *KritJ* (36), 2003, p. 210 e ss., p. 212 e ss.; Jessberger, *Jura*, 2003, p. 712 e ss.; Kretschmer, *RuP*, 2003, p. 102 e ss.; Merten, Folterverbot und Grundrechtsdogmatik, *JR*, 2003, p. 404 e ss., p. 405 e ss.; Welsch, Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates?, *BayVBl*, 2003, p. 481 e ss., p. 483 e ss.; Gaede (n. 2), p. 161 e ss.; Guckelberger, Zulässigkeit von Polizeifolter?, *VBlBW*, 2004, p. 121 e ss.; Jahn, *KritV*, 2004, p. 32 e ss.; Neuhaus, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!, *GA*, 2004, p. 521 e ss.; Ziegler, Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis, *KritV*, 2004, p. 50 e ss., p. 51 e ss.; Ellbogen, *Jura*, 2005, p. 339 e ss.; Esser, Die menschenrechtliche Konzeption des Folterverbotes im deutschen Strafverfahren, em Gehl (n. 2), p. 143 e ss.; Kinzig (n. 2), p. 12 e ss.; Norouzi, Folter in Nothilfe – geboten?, *JA*, 2005, p. 306 e ss.; Hong, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt

1. Exceções à proibição de torturar nos casos de bombas-relógio?

O grupo de casos das bombas-relógio tem o mérito de deixar transluzir todas as dificuldades do problema. Não são muitos os que conseguem resistir à tentação que o grupo de casos representa, qual seja, a de tolerar ou permitir a tortura, pelo menos nessas situações excepcionais. A atitude de Reemtsma, que responde afirmativamente à pergunta luhmanniana – "você faria isso?" –, ao mesmo tempo em que propugna uma firme defesa da proibição absoluta, é representativa da postura de muitos doutrinadores.[9] Roxin, que tampouco tem qualquer dúvida a respeito da antijuridicidade de qualquer ação de tortura, considera "pensável" uma "exculpação" supralegal em tais situações catastróficas.[10] Não faltaram aqueles que, mesmo autodefinindo-se como opositores da tortura, defendem uma *justificação* nos casos de bombas-relógio.[11] Entre

der Grundrechte, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2), p. 24 e ss.; Ipsen, Folterverbot und Notwehrrecht, em Lenzen (n. 2), p. 38 e ss.

9. Reemtsma, *Folter im Rechtsstaat*, 2005, p. 122; de modo similar Zizek (n. 1), p. 103. Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1993, p. 1, formulou a famosa pergunta se, diante do caso da bomba relógio torturar fosse a única saída, "você faria isso"?

10. Roxin, Staatliche Folter (n. 2), p. 469; também Idem, Rettungsfolter? (n. 2), p. 172; Idem, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. ed., § 22/169, 2006. t. I; de modo similar Robinson, Letter to the Editor, *IsLR* (23), 1989, p. 189 e ss., p. 191; Gross, The Prohibitions on Torture and the Limits of the Law", em Levinson (n. 2), p. 229 e ss., p. 231, 240 e ss., que descreve sua estratégia como a de um absolutismo pragmático e uma desobediência oficial; Scarry, Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz, em Levinson (n. 2), p. 281 e ss., p. 282; Bielefeldt, *Die Absolutheit des Folterverbots*, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2), p. 109 e ss., p. 114. O defensor da tortura Dershowitz, Is it Necessary to Apply "Physical Pressure" to Terrorists – and to Lie About It?, *IsLR* (23), 1989, p. 192 e ss., p. 200, queria inicialmente conceder, no máximo, uma exculpação. Partindo da teoria de sistemas tenta Poscher, Menschenwürde als Tabu, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2), p. 75 e ss., p. 83 e ss., elaborar a racionalidade de uma proibição sem exceção que não será respeitada em casos de catástrofes (com modificações parciais, em Idem, *Menschenwürde im Staatsnotstand*, em Lenzen (n. 2), p. 47 e ss., p. 61 ss.); Lenckner, em *Schönke, Schröder StGB*, 27. ed., 2006, § 34/41 e, opina que a pergunta nem sequer deveria ser formulada, porque aqui o Estado de direito chega a seus limites.

11. Shue (n. 5), p. 57 e ss.; Neuhaus, *GA*, 2004, p. 525, n. 23 y p. 529 e ss., que enfaticamente defende a punição de Daschner; Joerden, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 519 e p. 522 e ss., que por um lado se opõe à

os poucos que não duvidam – acertadamente, como veremos – da existência, no caso extremo, de um dever fundado em convicções morais de tolerar a própria morte, encontra-se o professor espanhol Molina Fernández.[12] Não é sem alguma razão, portanto, que os adversários da proibição absoluta se orgulham da honestidade de seu ponto de vista, o qual declara de modo aberto a licitude jurídica e moral da opção que, provável e compreensivelmente, acabaria-se por tomar.[13] Esses autores acentuam, sobretudo, que a exceção à proibição de torturar que se está introduzindo depende da ocorrência de situações verdadeiramente extraordinárias, de modo que, na prática, ter-se-ia uma proibição quase-absoluta de torturar.[14]

admissão geral da tortura, em razão de efeitos de ruptura de dique, por outro defende uma causa de justificação supralegal para o caso da bomba relógio. Cfr. ademais KADISH, Torture, the State and the Individual, *IsLR* (23), 1989, p. 345 e ss., p. 354, defendendo que a proibição de tortura seria absoluta para o Estado, mas só relativa para o indivíduo. Um cavalo de Tróia entre o campo dos que defendem a proibição absoluta é Posner, Torture, Terrorism, and Interrogation, em LEVINSON (n. 2), p. 291 e ss., p. 296: a postura mais vantajosa seria a de conservar a proibição tradicional sem implementá-la na situação extrema (que compreenderia seguramente o caso da bomba e, talvez, também o caso do sequestro).

12. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, La ponderación de intereses em situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, em Cuerda Riezu (ed.), *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*, 2006, p. 265 e ss., p. 283 e ss.

13. Assim, em particular, o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 183 (opinião contrária como o "caminho dos hipócritas"); DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works*, New Haven/London, 2002, p. 150 e ss.; Idem, Tortured reasoning, em Levinson (n. 2), p. 257 e ss., p. 266, declara: "A questão substancial não é tanto a tortura como a responsabilidade, a visibilidade e a honestidade em uma democracia que enfrenta uma opção entre dois males"; em particular, também, p. 274 e ss. Dershowitz é famoso por sua proposta de uma ordem judicial de tortura (*torture warrant*) (cfr., por exemplo, *Why Terrorism Works*, p. 158; *Tortured reasoning*, p. 263). Veja-se, ademais, (substancialmente de acordo com Dershowitz) LEVINSON, Precommitment and Postcommitment: The Ban on Torture in the Wake of September 11, *Texas Law Review* (81), 2003, p. 2013 e ss., p. 2042.

14. BRUGGER, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* (35), 1996, p. 66 e ss., p. 95: "às proibições até então absolutas se acrescenta uma disposição excepcional para o grupo de casos aqui mencionado – mas apenas para estes casos!". Veja-se, ademais, HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331: trata-se unicamente da questão de se poder ou não torturar "em determinados casos excepcionais estreitamente delimitados"; LEVINSON, *Texas Law Review* (81), 2003, p. 2031:

Quais as razões mencionadas em favor dessa solução? No presente trabalho, não será possível examinar com igual profundidade os vários argumentos que se vêm oferecendo. Centraremos nossas atenções, assim, naqueles que têm obtido mais peso e reconhecimento na doutrina.[15]

"A questão é se a tortura está justificada em um único caso, e não se a tortura sempre ou com frequência é legítima"; PARRY (n. 2), p. 159: "Para ser justificável, a tortura deve ser a exceção, e não a regra"; Jerouschek, Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz?, *JuS*, 2005, p. 296 e ss., p. 300. Criticamente, com razão, BIELEFELDT, Das Folterverbot im Rechtsstaat, em Nitschke (n. 7), p. 95 e ss., p. 101; mais detidamente abaixo item 3.

15. Por outro lado, a comparação com o denominado disparo mortal final ([Nota de Eduardo Riggi]: entende-se por *finaler Todesschuss* ou por *finaler Rettungsschuss* – disparo final de salvamento – o uso mortal de arma de fogo pela polícia para salvar terceiros de perigos, por exemplo nos casos em que se trata de liberar reféns, sendo que negociações e uso de armas não letais não oferecem qualquer perspectiva realista de sucesso) e o argumento *a maiore ad minus* que em seguida se propõe, de teor "se é lícito matar, tem de ser lícito torturar" (principalmente BRUGGER, *Der Staat* [35], 1996, p. 75 e ss.; Idem, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *JZ*, 2000, p. 165 e ss., p. 168; Idem, em BRUGGER, Schlink [n. 5], p. 4; Idem, *Freiheit und Sicherheit*, 2004, p. 59 e ss.; Idem, Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung, em Nitschke [n. 7], p. 107 e ss., p. 111 e ss.; de acordo Isensee, *Tabu im freiheitlichen Staat*, 2003, p. 60; OTTO, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, *JZ*, 2005, p. 473 e ss., p. 480) é de fácil refutação, bastando negar que o disparo mortal seja mais grave que a tortura (por exemplo, porque o disparo mortal exigiria uma omissão, e a tortura uma ação positiva: Welsch, *BayVBl*, 2003, p. 485; NEUHAUS, *GA*, 2004, p. 534; HECKER, *KritJ* [36], 2003, p. 215, n. 25 [cauteloso]; JAHN, *KritV*, 2004, p. 43; ENDERS, Die Würde des Staates liegt in de Würde des Menschen – Das absolute Verbot staatlicher Folter, em Nitschke [n. 7], p. 133 e ss., p. 139; ou porque a tortura feriria justamente o que o ser humano tem de mais íntimo, Gaede [n. 2], p. 184; SALIGER, Absolutes im Strafprozeß?, *ZStW* [116], 2004, p. 35 e ss., p. 47; Roxin, Staatliche Folter [n. 2], p. 464; Idem, *AT*, t. I, 4. ed., 2006, § 16/98; veja-se também CHRISTENSEN, Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung, em Blaschke y otros [ed.], *Sicherheit oder Freiheit?*, 2005, p. 133 e ss., p. 149 e ss.; ou também – o que seria o ideal – resolvendo primeiro o problema apontado na nota 2, de explicitar a maneira exata como a tortura viola a dignidade humana, para depois demonstrar que o caso do disparo mortal é diverso [interessante aqui Joerden, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 517 n. 90: nos casos de disparo de salvamento final, o sequestrador não se encontraria sob a guarda do Estado; similar KREUZER, Zur Not

Em primeiro lugar, argumenta-se que *aquele que deve ser torturado não é estranho à situação*, e sim precisamente o responsável por ela. "Tanto a valoração jurídica do comportamento do terrorista (antijurídica), como a da situação da vítima (conforme ao direito), estão bem claras".[16] Uma proibição absoluta de torturar significaria que "se premia o sangue frio e a astúcia do terrorista".[17] "Entre o jurídico e o antijurídico, não pode o Estado de Direito portar-se de modo neutro, tendo ele o dever de intervir em favor da vítima."[18] "Em uma situação em que, faça-se o que se faça, o resultado será sempre a barbárie, deve o Direito colocar-se ao lado da vítima e não do autor."[19] "A tortura afeta um culpado, sua finalidade consiste em salvar um inocente."[20] "Se o suspeito é de fato o terrorista que está pondo em perigo a vida de pessoas inocentes, é impe-

ein bisschen Folter?, em NITSCHKE (n. 7), p. 44; diversamente Gebauer Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, *NVwZ*, 2004, p. 1405 e ss., p. 1408 e ss.: nos casos de tortura, o perigo de abuso é maior]).

O argumento adicional de Brugger, segundo o qual o Estado não poderia reduzir a segurança de seus cidadãos a um nível mais baixo do que o do estado de natureza, no qual os cidadãos seguramente torturariam e se salvariam (Brugger em Brugger, Schlink [n. 5], p. 8; Idem, Freiheit [n. 14], p. 66 e ss.; Idem, em Nitschke [n. 7], p. 114; de acordo Fahl, Angewandte Rechtsphilosophie – "Darf der Staat foltern?", *JR*, 2004, p. 182 e ss., p. 189; em sentido similar Erb, Nothilfe durch Folter, *Jura*, 2005, p. 24 e ss., p. 27; Idem, Notwehr als Menschenrecht, *NStZ* 2005, p. 593 e ss., p. 595), esbarra não só na questão preliminar quanto a se o particular tem mesmo um direito de "torturar" (contra, por exemplo KRETSCHMER, *RuP*, 2003, p. 113; PERRON, Foltern in Notwehr?, *Festschrift U. Weber*, 2004, p. 143 e ss., p. 152 e ss.; Schild [n. 2], p. 71), como – e decisivamente – pressupõe de modo inaceitável que a garantia da segurança é o último fundamento de legitimidade do Estado. Tal hobbesianismo, que, em razão de sua estrutura conseqüencialista, não tem qualquer lugar para limites insuperáveis, deve ser recusado pelas razões que abaixo serão explicitadas (principalmente nos itens 4 e 5).

16. BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 81.
17. Idem, p. 88.
18. ISENSEE (n. 14), p. 59 e ss.
19. BRUGGER, *JZ*, 2000, p. 173.
20. HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 335. A rigor, não está claro se estas afirmações não são mera alusão a argumentos alheios. Ainda assim, se se leva em conta os resultados a que chega o autor (p. 338 e ss.: imposibilidade da tortura, mas apenas de *lega lata*), parece que, pelo menos ao final, ele acaba por acolhê-las.

rativo de justiça que seja ele quem arque com os custos da eliminação desse perigo".[21] Por fim, esta idéia também é expressada por aqueles que admitem nas presentes hipóteses uma legítima defesa em favor de terceiro.[22]

A segunda consideração relevante não se refere a uma ação prévia daquele que deve ser torturado, mas sim àquilo que dessa ação pode vir a resultar: *um dano de dimensões desastrosas*. "A mais grave das torturas não é nada em comparação com a ameaça que o terrorista faz aos cidadãos, de sofrer uma morte atroz por meio da explosão de uma bomba".[23] A proibição absoluta de torturar significa "nada menos que a imposição ao agredido de um dever de aceitar, sem resistência, a destruição antijurídica de sua existência física".[24] Consequência disso seria "nada menos que uma barbárie contra os interesses superiores e justificados de milhões de afetados e, portanto, um escândalo ético".[25] "É difícil imaginar um menosprezo mais patente à personalidade de um ser humano do que fazê-lo saltar pelos ares, contaminá-lo com radiotividade, envenená-lo

21. GUR-ARYE, Can the War against Terror justify the Use of Force in Interrogations?, em Levinson (n. 2), p. 183 e ss., p. 193.

22. ERB, em *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, § 32/173 e ss.; Idem, *Jura*, 2005, p. 24 e ss.; Idem, *NStZ*, 2005, p. 593 e ss.; Idem, em Nitschke (n. 7), p. 149 e ss., p. 154 e ss.; Idem, Folterverbot und Notwehrrecht, em Lenzen (n. 2), p. 19 e ss., p. 23 e ss.; Fahl, *JR*, 2004, p. 186 e ss.; JEROUSCHEK, Kölbel, Folter von Staats wegen?, *JZ*, 2003, p. 619 e ss.; MIEHE, Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot, *NJW*, 2003, p. 1219 e ss., p. 1220; SCHAEFER, "Freibrief", *NJW*, 2003, p. 947; Gur-Arye (n. 20), p. 191 e ss.; LACKNER, Kühl, *StGB* 25. ed., 2004, § 32/17a; KÜHL, *AT*, 5. ed., 2005, § 7/156a; Jaeger, *Folterdebatte – es gibt kein schwarz oder weiß*, em Gehl (n. 2), p. 29 e ss., p. 34; JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, p. 300; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7. ed., 2004, § 8/59; Idem, *JZ*, 2005, p. 481; BREUER, *Das Foltern von Menschen*, em Beestermöller, Brunkhorst, (n. 2), p. 11 e ss., p. 21; J. SCHULZ (n. 2), p. 87; WAGENLÄNDER, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, 2006, p. 170. Também BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 83; Idem, em BRUGGER, Schlink (n. 5), p. 8; Moore, *Torture and the Balance of Evils*, em Placing Blame, Oxford, 1997, p. 670 e ss., p. 715 e ISENSEE (n. 14), p. 59, tocam neste aspecto.

23. BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 79.

24. ERB, *Jura*, 2005, p. 27.

25. TRAPP, Individualrechte ernst – aber nicht unangemessen ernst genommen, em Nida-Rümelin, Vossenkuhl (ed.), *Ethische und politische Freiheit*, 1997, p. 448 e ss., p. 463.

com germes mortais, tudo com o mero fim de semear o terror".[26] "Em relação à vítima, há uma forma qualificada de lesão à dignidade",[27] noutras palavras, "uma perda de uma posição jurídica em princípio imponderável".[28] Os princípios do Estado de Direito não deveriam converter-se em um "pacto suicida".[29] "Números importam, mesmo em decisões de princípios".[30] A justificação da tortura por meio das figuras dogmáticas do estado de necessidade[31] ou da colisão de deveres[32] é mais uma manifestação desta idéia.

Não se pode negar aos dois grupos de idéias que acabamos de expor alguma força intuitiva. Será correto dar-se por convencido e, com base nessas duas considerações, admitir a legitimidade da tortura unicamente para os casos de bomba-relógio?

26. Erb, *Jura*, 2005, p. 27.
27. Görz, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, *NJW*, 2005, p. 953 e ss., p. 956.
28. Erb, Notwehr als Menschenrecht, *NStZ*, 2005, p. 597; Idem, em Nitschke (n. 7), p. 154; Idem, em Lenzen (n. 21), p. 29.
29. Essa expressão, que tem a sua origem no voto do juiz Jackson em 337 U. S. 1, 37 (1949) é retomada por Dershowitz, *Terrorism* (n. 12), p. 191 e também, recentemente, por Brugger em Nitschke (n. 7), p. 117. De maneira similar Fahl, *JR*, 2004, p. 190, n. 105.
30. Dershowitz, *Terrorism* (n. 12), p. 189.
31. Neste sentido principalmente o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 167 ss., p. 184 e ss., 186; e também Zamir, Human Rights and National Security, *IsLR* (23), 1989, p. 375 e ss., p. 395 n. 43; Moore (n. 21), p. 724 e ss.; Miehe, *NJW*, 2003, p. 1220; Schaefer, *NJW*, 2003, p. 947; Parry (n. 2), p. 158 e ss.; Jaeger (n. 21), p. 34 e ss.; ao que parece também Zeller, Not actual *necessity* but possible *justification*; not *moderate* pressure, but either *unlimited* or *none at all*, *IsLR* (23), 1989, p. 201 e ss., p. 207, apesar de certas contradições (p. 211 e ss.). Já o Tribunal Supremo de Israel, se bem que falou em "estado de necesidade" – *necessity defense* –, o fez mais no sentido de uma exculpação que de justificação (neste sentido também a leitura de Gur-Arye [n. 20], p. 188 e ss.; já Molina Fernández, [n. 11], p. 273 e ss. fala, a meu ver erroneamente, em justificação).
32. Wittreck, Menschenwürde und Folterverbot, *DöV*, 2003, p. 873 e ss., p. 877; Idem, *Menschenwürde als Foltererlaubnis*?, em Gehl (n. 2), p. 37 e ss., p. 45; Idem, Achtungs- gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion und Menschenwürde und Folterverbot, em Blaschke entre outros (n. 14), p. 161 e ss., p. 171.

2. Exceções e regras, exceções como regras

A resposta é negativa. E a razão disso é algo simples, mas pouco visto: em uma argumentação moral ou jurídica, inexistem aspectos que só valem excepcionalmente. Todo aspecto relevante, isto é, todo aspecto ao qual se atribui relevância moral diante de algum problema, conserva essa relevância frente a qualquer outro problema equivalente. Dito com outras palavras: no mundo da argumentação moral e jurídica, não existem exceções, entendidas estas como aspectos que somente têm relevância setorial ou *ad hoc*. *Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base*, uma regra que regula, justamente, o que se deve fazer no caso da exceção. Infelizmente, esta regra nem sempre é formulada de maneira explícita, mas ela sempre poderá ser extraída dos argumentos com que se sustenta a exceção, e isso por considerações que aqui não precisam ser discutidas em profundidade.[33]

Quais as regras que se encontram implícitas nas justificações da exceção à proibição da tortura acima mencionadas? Se, apesar de a tortura violar a dignidade humana, é permitido torturar porque, nos casos de bomba-relógio, o candidato à tortura provocou de maneira responsável a situação, acabou-se por propor implicitamente uma regra de seguinte teor: *a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio* ("regra da decadência"). Quem se comporta mal perde, por causa de seu mau comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que

33. Para tentativas de fundamentar essa pretensão de universalidade dos argumentos morais cf., por exemplo, Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, p. 137 e ss., p. 158 e ss.; Idem, Ethical Theory and Utilitarianism, em Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, p. 23 e ss., p. 25, que a reconduz ao próprio significado de expressões morais como "bem" e "dever"; Habermas, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, em *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 7. ed. 1997, p. 53 e ss., p. 97, para o qual esta pretensão é um pressuposto pragmático trascendental da argumentação moral; e Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, p. 234 e ss., p. 237, para quem ela se trata de uma regra fundamental do discurso prático geral. Veja-se extensamente a respeito Wimmer, *Universalisierung em der Ethik*, 1980. Na metaética mais recente, o chamado "particularismo", que nega a pretensão de universalidade de razões morais, vem ganhando cada vez mais seguidores, por exemplo, Norris Lance/Little, Defending Moral Particularism, em J. Dreier (ed.), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Malden, 2006, p. 305 e ss., p. 307, com mais referências. Uma discussão dessa postura superaria, contudo, o marco aqui traçado.

a sua dignidade seja respeitada. Segundo este entendimento, a dignidade humana seria algo disponível, que se pode perder dependendo das decisões que anteriormente se tome. O ser humano não seria portador de dignidade *per se*, pelo mero fato de ser um ser humano. A dignidade seria uma qualidade externa, que se agrega aos seres humanos que a merecem, e que, por isso, também pode ser deles retirada ou sujeita a uma condição resolutiva cuja verificação transformaria o afetado num indivíduo de segunda categoria.[34] Uma vez aceita a regra da decadência, abre-se um flanco que permite legitimar a pena de morte,[35] a castração obrigatória de delinquentes sexuais[36] ou, inclusive, os assassinatos seletivos de terroristas conhecidos.[37] Da mesma maneira, o reconhecimento da regra da decadência torna mais fácil que se justifique o desrespeito aos direitos fundamentais no trato com a criminalidade organizada.[38]

Se essa primeira regra tem caráter deontológico, vez que determina o correto com independentemente de qualquer cálculo de conseqüências, por meio de aplicação de considerações gerais (quais sejam, o comportamento prévio do beneficiário da proibição), a segunda regra, que subjaz ao segundo grupo de argumentos acima mencionados, é conseqüencialista, isto é, referida a conseqüências.[39] O segundo aspecto favorável à

34. Bastante claro MOORE (n. 21), p. 719: "se o bote salva-vidas está afundando e alguém tem de deixá-lo para que os outros se salvem, os assassinos conhecidos entre os passageiros seriam bons candidatos a serem os primeiros que deveriam ser lançados ao mar".

35. Corretamente observado por HECKER, *KritJ* (36), 2003, p. 217. Na verdade, a morte *per se* não é ainda um atentado à dignidade. O que faz da pena de morte algo absolutamente inaceitável não é, a rigor, a morte, mas sim as circunstâncias em que essa morte ocorre, a saber, uma situação em que alguém se encontra sob a guarda do Estado, entregue à mercê deste sem possibilidade de defender-se.

36. Realçado por LÜDERSSEN, *Die Folter bleibt Tabu*, em Festschrift für Rudolphi, 2004, p. 691 e ss., p. 702; de modo similar MOLINA FERNÁNDEZ (n. 11), p. 281.

37. Extremo que é justificado de modo coerente por DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), p. 183.

38. Veja-se, por exemplo, TRAPP (n. 24), p. 470 e ss., que, partindo de uma variante do utilitarismo por ele formulada, qualifica estes direitos de "liberal-fundamentalistas".

39. Sobre a distinção entre conseqüencialismo e deontologicismo, cfr. BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2003, p. 113 e ss.; Neumann, *Moralphi-*

tortura nos casos de bombas-relógio é o que se reporta à dimensão do dano esperado. Pois bem, se isso é relevante para permitir que se viole a dignidade humana, então se está aceitando implicitamente a seguinte regra: *a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite* ("regra dos custos"). Se os demais tiverem um interesse suficientemente intenso em que se viole a dignidade de um sujeito, essa violação estaria permitida. Nao se reconheceria, assim, qualquer núcleo da personalidade absolutamente protegido contra intervenções de terceiros. O ser humano poderia, em sua totalidade, ser instrumentalizado para fins alheios, se os demais considerarem estes fins suficientemente valiosos. Uma vez admitida a regra dos custos, não há mais razões para que somente se torture o terrorista e não também, por exemplo, seus filhos,[40] se esta for a única maneira de fazê-lo falar.

Observe-se que, até agora, não demonstramos que as duas regras que acabamos de tornar explícitas sejam incorretas. O que fizemos foi apenas desenvolver um modesto *argumento de coerência*: não é possível compatibilizar o reconhecimento dessas regras com outras regras constitutivas e fundamentais para a nossa compreensão tradicional do Direito. A nossa tradição se baseia – contrariamente à regra da decadência – na idéia de que existe algo como uma dignidade inalienável e direitos humanos inalienáveis, dignidade e direitos que não podem ser negados nem ao pior dos criminosos,[41] e que o indivíduo – contrariamente à regra dos custos – não está nem à disposição da utilidade do Estado, nem da

losophie und Strafrechtsdogmatik, *ARSP* (44), 1991, p. 248 e ss., p. 250 e ss.); Idem, Die Moral des Rechts, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (2), 1994, p. 81 e ss., p. 82 e ss. Segundo Lübbe, *Konsequenzialismus und Folter*, em Lenzen (n. 2), p. 67 e ss., p. 70, o argumento central dos defensores da tortura teria caráter deontológico. Isto só é parcialmente correto, como adiante se verá.

40. Assim também Kremnitzer, The Landau Commission Report, *IsLR* (23), 1989, p. 216 e ss., p. 234; Marx (n. 2), p. 119 e ss.; Molina Fernández (n. 11), p. 280; veja-se o caso do terrorista, Mohammed, de alto escalão dentro da Al-Qaeda, que foi preso pelos EUA (para mais detalhes, Dershowitz, *Terrorism* [n. 12], p. 270).

41. Veja-se, por exemplo, Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, *AöR* (81), 1956, p. 117 e ss., p. 126; Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, *JZ*, 1964, p. 337 e ss., p. 341; Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, em Isensee, Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. I, 1987, § 20/44; BVerfGE 87, 228.

dos demais cidadãos.[42] Enquanto sustentarmos estes princípios, teremos de manter firme o repúdio à tortura, também e precisamente em situações excepcionais.[43]

Poucos dentre os defensores da solução flexibilizadora terão a coragem de romper de modo expresso com os princípios que se acaba de mencionar. Não é por acaso que as duas regras que explicitamos praticamente nunca tenham sido defendidas de maneira aberta e que o *topos* do direito penal do inimigo em sua versão legitimadora-afirmativa, que pode ser entendido como uma tentativa de articular ambas as regras, tenha provocado fundada indignação.[44] Como já foi acima dito, em geral se prefere tentar vender a ilusão de que se está apenas prevendo uma exceção para um caso excepcional.[45]

42. Por todos DÜRIG, *AöR* (81), 1956, p. 127 e ss. (chamada *Objektformel*); BVerfGE 87, 228.

43. Muito similar R. MARX (n. 2), p. 121.

44. A respeito do direito penal do inimigo veja-se JAKOBS, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS*, 2004, p. 88 e ss.; Idem, Terroristen als Personen im Recht?, *ZStW* (117), 2005, p. 839 e ss.; criticamente GRECO, Über das sogenannte Feindstrafrecht, *GA*, 2006, p. 96 e ss., p. 104 e ss. (= Sobre o chamado direito penal do inimigo, *RBCCrim* 56 [2005], p. 80 e ss.); ROXIN, *AT*, t. I, § 2/127 e ss.; SALIGER, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, *JZ*, 2006, p. 756 e ss.; SCHÜNEMANN, Feindstrafrecht ist kein Strafrecht, *Festschrift für Nehm*, 2006, p. 219 e ss. Traçando, com razão, conexões entre o topos do direito penal do inimigo e a tentativa de legitimar a tortura Gaede (n. 2), p. 175 e ss.; JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, p. 234; FRANKENBERG, Kritik des Bekämpfungsrechts, *KritJ* (38), 2005, p. 370 e ss., p. 383 e ss.; BIELEFELDT (n. 13), p. 103 e ss.; BEESTERMÖLLER, Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2), p. 115 e ss., p. 115; BRUNKHORST, Folter, Würde und repressiver Liberalismus, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2) p. 88 e ss., p. 92 e ss. O próprio JAKOBS, *ZStW* (117), 2005, p. 849 numa recente declaração, que é no mínimo ambígua e seguramente acrítica, diz que o Estado ao interrogar terroristas tem de ultrapassar os limites do § 136a da Strafprozessordnung (que proíbe, entre outras coisas, o uso de coação no interrogatório).

45. Vejam-se referências supra nota de rodapé 13. Além da estratégia de manter silêncio sobre as duas regras, é muito comum a estratégia de negá-las sem qualquer justificação, como, por exemplo, OTTO, *JZ*, 2005, p. 481: "mas ele (o torturado) tampouco fica privado de seus direitos em razão de seu comportamento". Vide também o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 184, que se por um lado diz que "organizações que têm como

Ainda assim, seria possível que o defensor da opinião criticada defendesse as duas regras de modo aberto. Neste caso, não seria mais suficiente o argumento da coerência até agora desenvolvido, tornando-se necessário estabelecer que as duas regras são também em si errôneas.

3. Crítica à regra da decadência

A dignidade é algo que se pode perder por comportamento inadequado: assim reza a primeira regra. Já dissemos que isso não se compatibiliza com a nossa concepção de dignidade. A tarefa a que agora nos voltamos é a de demonstrar que a nossa concepção de dignidade tem de ser mantida, que não é defensável modificar nosso conceito. A rigor, teríamos de descer aos fundamentos da filosofia política para esclarecer as razões últimas que alicerçam a proibição de violar a dignidade mediante a tortura. No presente marco, será possível apenas um esboço.

O *Estado* detém o monopólio do exercício da violência em determinado território. Em outras palavras, ele é a instância superior de poder em determinado território. Nisso ele não se diferencia, porém, do bando de ladrões agostiniano, pois este também é a instância mais poderosa em determinado espaço. Ainda assim, o Estado declara-se diferente do bando de ladrões, porque afirma exercer não apenas poder, e sim *poder legítimo*. O Estado se vê, assim, diante da necessidade de fundamentar juridica e moralmente essa pretensão. Dito de outro modo: o Estado tem de apresentar um *título* que explique por que o poder estatal pode pretender ser jurídica e moralmente legítimo.

Tempos atrás, os Estados faziam valer como título, por exemplo, uma ordem divina ou uma tradição familiar. Em certos casos, que felizmente permaneceram excepcionais, este título foi mesmo a chamada a que se fundasse uma sociedade racialmente homogênea ou sem propriedade privada. O Estado atual, sob cujo poder nós vivemos, exibe um outro título: *ele diz exercer seu poder em nosso nome*. Por conseguinte, ele fundamenta seus direitos e tenta obrigar juridica e moralmente os destinatários do exercício de seu poder não mais apelando a Deus ou à tradição, mas sim a estes próprios destinatários.

seu objetivo o terrorismo não têm o direito moral de exigir do Estado que mantenha diante delas o respeito às tradicionais liberdades civis", reitera, contudo, na próxima frase o compromisso de respeito aos direitos humanos. Entre os poucos que mencionam claramente a regra da decadência estão Breuer (n. 21), p. 22, e Jakobs, *ZStW* (117), 2005, p. 843, n. 8.

Para que a legitimidade do Estado se converta em algo mais do que uma simples afirmação, ele deve levar realmente a sério aqueles em cujo nome pretende falar. Isto não significa apenas que o Estado deve ter certa consideração por aquilo que os cidadãos querem, mas, ainda mais fundamentalmente, que *o Estado tem de levar a sério o fato de que os cidadãos são capazes de querer, de que são seres capazes de vontade.* O título de legitimidade estatal pressupõe que existam seres humanos que tenham uma vontade, de modo que o Estado que se valha deste título se vê vinculado a respeitar esse primeiro dado básico. Uma representação que desconhece por completo o representado, porque este sequer é tido como portador de uma vontade, não é uma verdadeira representação. Em tal caso, não se cria qualquer dever moral ou jurídico de respeitar as medidas provenientes dessa instância de poder, porque, da perspectiva dos afetados, não há nada que as diferencie das ações do bando de ladrões.

Esclarecendo: o Estado não promete atuar segundo todo e qualquer conteúdo da vontade de seus cidadãos. Isto seria mais próprio de uma relação entre a avó e seu neto mimado que da relação entre o Estado e o cidadão. O Estado promete, portanto, respeitar não o conteúdo da vontade, mas o próprio fato de que os cidadãos têm uma vontade. Isso é mais fundamental e constitui a chave tanto para explicar por que a tortura está proibida, como por que nenhum comportamento incorreto pode derrogar essa proibição.

Dessas modestas reflexões se pode deduzir, primeiramente, a *inadmissibilidade da tortura*: a tortura nega o fato de que o ser humano tenha uma vontade, o que é pressuposto de qualquer exercício de poder legítimo.[46] Não se trata, portanto, de que alguém sofra algo que não

46. De modo similar ENDERS (n. 14), p. 142; MARX (n. 2), p. 118 e ss.; mais aprofundadamente BRUNKHORST (n. 43), p. 92, 99 e REEMTSMA (n. 8), p. 125, que vêem na destruição da vontade do cidadão um cancelamento das condições do exercício legítimo de poder. Isso não é enxergado por ERB, em NITSCHKE (n. 7), p. 162; Idem, em LENZEN (n. 21), p. 32, que vê na tortura nada mais do que um delito de constrangimento ilegal executado mediante vis compulsiva. Próximo à posição aqui desenvolvida, mas ainda insuficiente, Spirakos, *Folter als Problem des Strafrechts*, 1990, p. 196, que considera a "participação no Estado" o bem lesionado pela tortura, o que deveria fazê-lo chegar à conclusão (por ele negada, p. 229 e ss.) de que se poderia torturar se houvesse perigo de que o Estado deixasse de existir, não mais podendo participar nele.

quer, mas sim de que alguém seja submetido a um tratamento que se mostra completamente indiferente em relação ao fato de que o afetado tenha uma vontade. A tortura elimina a vontade, e o faz de maneira tão completa que o torturado não mais pode constar entre aqueles em cujo nome o Estado pretende atuar. A tortura está proibida porque é um ato de exclusão, porque ela exclui o indivíduo do círculo de cidadãos em cujo nome o Estado pode pretender atuar.

Ainda assim, seria cabível a pergunta quanto a se o cidadão não pode auto-excluir-se,[47] se não é possível levar em conta a sua vontade de já não ser representado pelo Estado, vendo no comportamento antijurídico prévio uma razão para torturar. A resposta é negativa. Como se afirmou, o mal da tortura não é que ela seja incompatível com o conteúdo do que se quer, mas sim que ela declara irrelevante o próprio fato de que se possa em absoluto querer. Por meio da tortura, o Estado declara a vontade de um cidadão algo inexistente. Portanto, parece contraditório recorrer ao conteúdo da vontade – da mesma vontade que, independentemente de seu conteúdo, é declarada, já como tal, irrelevante pelo ato de torturar – e extrair dele a decadência da pretensão de não ser torturado.

Além disso, como *objeção adicional* à regra da decadência, poderia acrescentar-se (que uma das circunstâncias que tornam ainda menos provável a ocorrência do caso da bomba-relógio é que se tenha descoberto o terrorista que instalou a bomba. A regra da decadência é imprecisa no que se refere à determinação de quem deve ser considerado responsável e, portanto, perder a pretensão de respeito à dignidade. Se partirmos das regras jurídico-penais de imputação de responsabilidade, não apenas quem colocou a bomba poderá ver decair sua pretensão de não ser torturado. O mesmo talvez se passe com todo partícipe a título de instigação ou cumplicidade e mesmo com qualquer pessoa que tenha conhecimento de onde se encontra a bomba. Pois o *não-garante portador de tal conhecimento* – por exemplo, o aliado que não participa, o advogado, ou inclusive a namorada ou a mãe do terrorista –, ainda que não intervenha na explosão nem como autor, nem como partícipe, é em certo sentido um responsável, a saber, a título de omissão de socorro. Por isso, defensores conseqüentes da regra da decadência defendem a

47. Jakobs, *ZStW* (117), 2005, p. 849, em suas últimas declarações sobre o direito penal do inimigo enfoca este aspecto: a exclusão do terrorista seria uma auto-exclusão. De acordo Polaino-Orts, *Derecho Penal del Enemigo*, Lima, 2006, p. 97, 99 e ss., 102, 106: "O inimigo o é porque quer sê-lo".

admissibilidade da tortura de tais terceiros não-garantes que tenham apenas conhecimento da situação.[48] Isso acaba por tornar questionável se a admissibilidade da tortura de fato dependeria de um comportamento prévio. Afinal, estaria permitido torturar praticamente todo sujeito que, sem ter intervindo na colocação da bomba, obtenha qualquer conhecimento que possa ser de utilidade para evitar as más conseqüências que se temem.[49] Já que qualquer um, e não apenas quem colocou a bomba, pode ser "responsável", então qualquer um, e não apenas quem colocou a bomba, pode ver decair a sua dignidade. Com isso, o argumento da perda da dignidade é quase reduzido *ad absurdum*, vez que ele começa deontologicamente, calcando-se na idéia de responsabilidade, para ao final não se diferenciar em praticamente nada de uma postura conseqüencialista, que se apóia exclusivamente em custos. De uma perspectiva consequencialista, tampouco se torturaria uma pessoa que não soubesse como evitar o dano, pois uma medida como esta de nada serviria para evitar a catástrofe.

O argumento decisivo contra a regra da decadência é, portanto, o seguinte: a negação fundamental da vontade não pode ser justificada por meio de qualquer recurso à vontade. A regra da decadência acaba não só sendo falsa, como também quase hipócrita, porque ela finge observar a vontade do torturado para submeter esta mesma vontade à mais profunda negação. Como argumento adicional não deve passar inadvertido que a regra da decadência é quase impassível de limitações, vez que o responsável pela bomba é não somente o terrorista que a coloca, mas em última análise qualquer um que tenha dela conhecimento (por causa da omissão de socorro).

48. Assim, principalmente MOORE (n. 21), p. 717; em sentido contrário GUR-ARYE (n. 20), p. 193. Dershowitz, *Terrorism* (n. 12), p. 174 e ss. também propõe que se abandone a distinção que faz o direito internacional entre combatentes e não-combatentes, de modo que qualquer um que se beneficie do terrorismo tenha de suportar os custos da luta contra ele (contrariamente, com razão, o já bastante concessivo Ignatieff, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Edinburgh, 2005, p. 94).

49. O único grupo de casos em que surge uma diferença é aquele em que as pessoas que têm o conhecimento são irresponsáveis – por exemplo, a filha de 12 anos do terrorista sabe de tudo. Se levarmos em conta que a irresponsabilidade destas pessoas deriva comumente de insuficiências intelectuais, a importância prática dessa diferença acaba sendo insignificante.

4. Crítica à regra dos custos

Uma crítica mais profunda à regra dos custos já foi fornecida no ponto 4. Esta regra submete o respeito da dignidade humana a uma reserva de custos, o que é incompatível com a idéia de que o Estado pretenda exercer seu poder em nome de todos os destinatários. Submeter a dignidade humana a uma reserva de custos é, na verdade, renunciar à dignidade, vez que dignidade significa, primariamente, um valor intrínseco completamente independente dos interesses dos demais. Em outras palavras, o respeito à dignidade humana é uma consideração deontológica (em sentido kantiano), cuja obrigatoriedade é de todo independente das boas e más conseqüências que o atendimento desta exigência pode ter.[50] O próprio estabelecimento da segunda regra já contradiz estas

50. Explicado claramente por Neumann, Die Tyrannei der Würde, *ARSP* (84), 1998, p. 153 e ss., p. 154, e Hruschka, Die Würde des Menschen bei Kant, *ARSP* (88), 2002, p. 463 e ss., (p. 478 e ss.: a incompatibilidade entre dignidade e conseqüencialismo), e com relação direta ao problema da tortura Gaede (n. 2), p. 173 e ss.: "Para o utilitarismo não é possível pensar em algo absoluto no sentido de um direito absoluto" e Jahn, *KritV*, 2004, p. 47. Nesta linha também Hassemer, "Unverfügbares im Strafprozeß", em *Festschrift für Maihofer*, 1988, p. 183 e ss., p. 200 e ss. Por isso, são coerentes Trapp (n. 24), p. 459; Idem, Wirklich Folter oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?, em Lenzen (n. 2), p. 95 e ss., p. 97, 113 e ss. e Joerden, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 515, que, partindo de perspectivas utilitaristas, não admitem regras ou direitos sem exceção, e Brugger, *JZ*, 2000, p. 172; Idem, *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, 2005, p. 166 e ss., que em suas publicações mais tardias professa expressamente o conseqüencialismo. Veja-se já a defesa da tortura realizada por Bentham, Of Torture; Of Compulsion and herein of Torture, em Twining,Twining, *Northern Ireland Legal Quarterly* 24 (1973), p. 305 ss., p. 312 e ss., 330 e ss.

Os autores que falam de um conflito "dignidade contra dignidade" (así Brugger, *Der Staat* [35], 1996, p. 79 e ss.; Idem, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, p. 23 e ss.; Idem, *JZ*, 2000, p. 169; Idem, em Brugger, Schlink [n. 5], p. 4; Idem, *Freiheit* [n. 14], p. 61, 63 e ss.; Idem, em Nitschke [n. 7], p. 112; Isensee [n. 14], p. 59; Wittreck, *DöV* 2003, p. 878 e ss.; Idem, em Gehl [n. 2], p. 50 y ss; Idem, em Blaschke [n. 14], p. 177 e ss. [com uma réplica pouco convincente p. 179 e ss.], que fala em lesão à dignidade só em casos específicos, e não já quando houver perigo de vida; Götz, *NJW*, 2005, p. 955; Wagenländer [n. 21], p. 167; ao que parece também Birnbacher, Ethisch ja, rechtlich nein – ein fauler Kompromiss?, em Lenzen [n. 2], p. 135 e ss., p. 142, 145 e 147; solução diferenciadora em

considerações, pois a segunda regra reinterpreta a dignidade de modo conseqüencialista, ou seja, tornando-se dependente das consequências.

Ainda que possamos, teoricamente, darmo-nos por satisfeitos com esse esclarecimento, suponhamos, *ad argumentandum*, que as coisas sejam como afirmam os partidários da exceção à proibição de torturar, de maneira que se possa deixar de respeitar a dignidade humana para

STEINHOFF, "Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist", em LENZEN [n. 2], p. 173 e ss., p. 185, que se vale do argumento apenas para fundamentar a moralidade, e não a juridicidade da tortura; indo além LENZEN, Folter, Menschenwürde und das Recht auf Leben, em LENZEN [n. 2], p. 200 e ss., p. 210 e ss., para o qual a vida da vítima já vale mais do que a dignidade do autor]) desconhecem que a dignidade não é um bem que se deve – de modo conseqüencialista – maximizar, e sim uma limitação deontológica à maximização de qualquer bem. Se o deontologicismo for capaz de fundamentar deveres de ação, e não apenas de omissão (neste sentido, por exemplo, HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990, p. 189), fica claro que os últimos permanecem prioritários em caso de conflito (no mesmo sentido, referindo-se ao caso da tortura Merten, *JR*, 2003, p. 407; WELSCH, *BayVBl*, 2003, p. 484; NEUHAUS, *GA*, 2004, p. 533; Saliger, *ZStW* [116], 2004, p. 47; SCHILD [n. 2], p. 72; WOLBERT, Ausnahmsloses Verbot der Folter?, em GEHL [n. 2], p. 93 e ss.; ademais MARX [n. 2], p. 120 e ss., e ROXIN, Staatliche Folter [n. 2], p. 466; Idem, RETTUNGSFOLTER [n. 2], p. 164; Idem, *AT*, t. I, 4. ed. § 16/99: os deveres de proteção persistem unicamente dentro dos limites do possível em um Estado de Direito). Recorde-se, ademais, a importante advertência jurídico-positiva de Hong (n. 7), p. 26, y Christensen (n. 14), p. 138, segundo a qual deveres de proteção por si sós tampouco bastam para legitimar uma intervenção na liberdade dos cidadãos, sendo necessário, muito mais, lei que o faça expressamente. Cfr. no mesmo sentido, mas sem relação com o debate sobre a tortura, WAHL, Masing, Schutz durch Eingriff, *JZ*, 1990, p. 553 e ss., p. 557 e ss.

A estrutura deontológica do *topos* da dignidade humana é desconhecida também por aqueles que querem determinar o conteúdo da dignidade do ser humano mediante uma ponderação (por exemplo SCHLEHOFER, Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt?, *GA*, 1999, p. 357 e ss., p. 362 e ss.; Neuhaus, *GA*, 2004, p. 529 e ss.; JEROUSCHEK, Kölbel, *JZ*, 2003, p. 618; Herzberg, *JZ*, 2005, p. 323 e ss., especialmente p. 324), ou que concebem a proibição deontológica referida à dignidade como resultado de uma "ponderação de segunda ordem" (assim SALIGER, *ZStW* [116], 2004, p. 65), ou que entendem a dignidade como um ideal que deve ser alcançado (WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, *ARSP* [87], 2001, p. 311 e ss., p. 323).

evitar danos de dimensões catastróficas. Decorreria daí a admissibilidade da tortura em casos como o que aqui se discute?

Contrariamente ao que supõem os defensores da exceção à proibição de torturar, uma resposta afirmativa parece no mínimo duvidosa. É verdade que estas dúvidas não se referem àquilo que ocorreria se não se evitasse a explosão da bomba. Não se pretende negar que esse dano teria, de fato, dimensões catastróficas. O que parece *questionável* é a *avaliação dos defensores da tortura, segundo a qual esse dano seria maior do que o que se produziria se a tortura fosse permitida.* Esta afirmativa, que se vende como empírica, é a rigor amplamente ideológica. A repetida advertência de que permitir a tortura gera perigos de ruptura do dique ou um declive escorregadio (*slippery slope*) é, no mínimo, plausível.[51] A admissão da tortura, ainda que para uma situação excepcional, significa que se reabilita uma estratégia de solução de problemas que deveria permanecer exilada do âmbito daquilo que sequer se pode levar em consideração.

E é, à primeira vista, surpreendente que esses perigos passem desapercebidos por quase[52] todos os defensores da flexibilização da proibição

51. KREMNITZER, *IsLR* (23), 1989, p. 260 e ss.; RAESS (n. 5), p. 112 e ss.; MORGAN, The Utilitarian Justification of Torture, *Punishment and Society* (2), 2000, p. 181 e ss., p. 191 e ss.; EHRLICH, Johannsen (n. 4), p. 358 e ss.; ZIZEK (n. 1), p. 104; HAURAND, Vahle, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, *NVwZ*, 2003, p. 514 e ss., p. 521; KRETSCHMER, *RuP*, 2003, p. 114; WELSCH, *BayVBl*, 2003, p. 485; GEBAUER, *NVwZ*, 2004, p. 1408 e ss.; ZIEGLER, *KritV*, 2004, p. 62; GROSS (n. 9), p. 234 e ss.; ELLBOGEN, *Jura*, 2005, p. 342; GUSY, Christian Thomasius: Über die Folter, 1705, *NJW*, 2005, p. 239 e ss., p. 240; KREUZER (n. 14), p. 44; MARX (n. 2), p. 113 e ss.; ROXIN, Staatliche Folter (n. 2), p. 467 e ss.; Idem, Rettungsfolter? (n. 2), p. 171 e ss.; K. GÜNTHER, Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?, em Beestermöller, Brunkhorst (n. 2), p. 101 e ss., p. 106 e ss.; HASSEMER, Sicherheit durch Strafrecht, *StV*, 2006, p. 321 e ss., p. 330; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 11), p. 280 e ss.; von der Pfordten, Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?, em LENZEN (n. 2), p. 149 ss., p. 168; POSCHER, Menschenwürde (n. 9), p. 50 e ss., p. 53; STEINHOFF (n. 49), p. 194 e ss.; também Jahn (n. 43), p. 255 e WOLBERT (n. 49), p. 90 e ss.; que estes perigos fornecem, no máximo, um argumento adicional, é relevado corretamente por Gaede (n. 2), 190 e BIELEFELDT (n. 9), p. 112 e ss.

52. As raras exceções são JEROUSCHEK, Kölbel, *JZ*, 2003, p. 618 e ss. (diferente, contudo, JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, p. 301-302), e JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 519, que por isso fundamentam a flexibilização da proibição absoluta de modo mais cauteloso.

absoluta de torturar,[53] ou que estes autores no máximo se preocupem em constestá-los com argumentos no mínimo ingênuos.[54] Essa surpresa desaparece, entretanto, se refletirmos a respeito da carga emocional – ou, mais precisamente, ideológica – do exemplo da bomba-relógio. O exemplo não é problemático nem por se tratar de uma situação extraordinária, tampouco por nos induzir, com sua retórica, a que tomemos uma decisão apressada e irrefletida, como se estivéssemos a escutar o tiquetaque da bomba.[55] Na verdade, o problemático é que, apesar de bandeira conseqüencialista que o exemplo ostenta, ele induz a uma infração de um princípio fundamental da mais importante espécie de conseqüencialismo, qual seja, o utilitarismo: o *princípio da imparcialidade*.[56]

53. Parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 173 e ss.; BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 97, chega a discutir as "consequências mais distantes" da relativização da proibição de torturar, sem dar resposta ao problema; e especialmente: Idem, em Nitschke (n. 7), p. 114 e ss. (apesar do título do apartado se chamar "ruptura do dique para dentro e para fora?"); Idem, KREUZ (n. 49), 167; DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), p. 144 e ss.; BREUER (n. 21), p. 91.

54. Cfr. principalmente ERB, *NStZ*, 2005, p. 601; Idem, em NITSCHKE (n. 7), p. 166 e ss.; Idem em LENZEN (n. 21), p. 35 e ss., también POSNER (n. 10), p. 294 e ss.; FAHL, *JR*, 2004, 189; WAGENLÄNDER (n. 21), p. 167 e ss. Chega a ser escandaloso o comentário de Posner (cit.), para quem os efeitos corruptores da tortura não se produziriam se ela só for praticada no estrangeiro. Deve entender-se como provocação jocosa a inversão do argumento da ruptura do dique proposta por Brugger, segundo a qual a proibição absoluta de torturar teria efeitos negativos incontroláveis (BRUGGER, *Freiheit* [n. 14], p. 70; Idem em Nitschke [n. 7], p. 116), enquanto a afirmação de Wittreck de que por "razões de princípio" não interessam as conseqüências quando se trata de salvar a dignidade da vítima (em Blaschke e outros [n. 14], p. 186), representa uma contradição com as próprias – e talvez inconscientes – premissas consequencialistas.

55. E, por isso, tampouco que o exemplo se centre numa comunicação gráfica, o que é apontado por ULBRICH, "Die normative Kraft der Bilder: Zur Funktion des Bildhaften in der Diskussion über die Zulässigkeit staatlicher Folter", em NITSCHKE (n. 7), p. 119 e ss., p. 122 y 130-131.

56. Cfr., por exemplo, os conseqüencialistas Hare em Sen, WILLIAMS (n. 32), p. 25; TRAPP (n. 24), p. 456; PETTIT, The Consequentialist Perspective, em BARON, PETTIT, SLOTE, *Three Methods of Ethics*, Malden entre otros, 1997, p. 92 e ss., p. 141 e ss., 148; GESANG, *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, 2003, p. 98 y 123. Referindo-se ao problema da tortura e do parecer Landau Kremnitzer, *IsLR* (23), 1989, p. 277: "Só quem for capaz de enxergar-se em ambos os pares de sapatos – no do torturador e no do torturado – e

Somos nós que sofremos o dano decorrente da bomba-relógio;[57] já os danos decorrentes da tortura são sofridos por outras pessoas. O caso da bomba nos leva a pensar apenas nos danos diretamente decorrentes da explosão e que deixemos em segundo plano todos os outros danos que podem indiretamente derivar da autorização da tortura. Não é surpresa que quem defenda uma tal análise custo-benefício pela metade acabe por considerar *desumana*[58] a proibição absoluta da tortura. Porque caso a tortura venha a ser permitida, ainda que em situações excepcionais, não seremos nós quem terá de viver com medo de ser torturado, e sim os membros de grupos étnicos minoritários,[59] cujos interesses, ao que parece, não são computados no cálculo de custo-benefício. Belo balanço custo-benefício, em que nós desfrutamos dos benefícios e os outros arcam com os custos.

Mas há uma segunda razão para a facilidade com que, numa situação como a que discutimos, se considera a tortura a alternativa mais benéfica. Esta razão é a mudança de atitude face ao Estado, mudança que também é refletida nas pesquisas de opinião pública sobre a tortura.[60] Uma sadia desconfiança face ao Estado parece ser quase constitutiva do pensamento liberal.[61] O Estado não é visto nem como o âmbito em que o ser humano realiza e aperfeiçoa sua natureza,[62] nem como a reali-

continuar aceitando a conclusão da comissão (no sentido da permissão da tortura em situações de necessidade – Luís Greco), é um verdadeiro defensor do parecer".

57. Por isso não surpreende que Brugger inicie suas novas versões do caso da bomba relógio da seguinte maneira: "O caso se passa na cidade natal do leitor" (*JZ*, 2000, p. 165).

58. Neste sentido, Erb, *Jura*, 2005, p. 30.

59. Kaiser, Folter, Misshandlung und krimineller Machtmissbrauch heute, *KrimJ* (35), 2003, p. 243 e ss., p. 254.

60. Veja-se a respeito Schnorr, Wissing, *ZRP*, 2003, p. 142, que tomam estes resultados corretamente como "expressão de uma decadência de valores".

61. Corretamente Ferrajoli, *Diritto e ragione*, 5. ed., Roma, Bari, 1998, p. 927.

62. Neste sentido a interpretação tradicional de Aristoteles, *Politik* (trad. por Rolfes), 1995, 1.° Libro Cap. II, e de Christian Wolff, *Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem Gemeinen Wesen*, Ed. Arndt, Hildesheim, New York, 1975, §§ 215 e ss., 218, 224; Idem, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*, ed. Thomann, Hildesheim/ New York, 1980, especialmente o § 9.°.

zação da idéia ético-moral objetivamente racional,[63] e sim, em primeira linha, como o Leviatã,[64] ou seja, como uma ameaça constante para os direitos de seus subordinados. Ainda assim, especialmente nos países que gozam de amplo bem-estar, essa *atitude distanciada em relação ao Estado parece estar sendo substituída por uma considerável confiança*, de modo que o objeto primário da sensação de medo não é mais o Estado, e sim grupos criminosos ou terroristas dele desvinculados.[65] Também por isso, a análise custo-benefício proposta pelos partidários da exceção à proibição de torturar se revela só aparentemente empírica, e predominantemente ideológica, vez que ela pressupõe a premissa, repetidamente refutada pela história, segundo a qual *se deve temer mais aos particulares do que ao Estado*. Assim, de fato, se manifesta Dershowitz nas primeiras páginas de seu livro: "Um princípio importante das liberdades civis era que os mais intensos perigos para a liberdade vinham do Estado poderoso. (...) O fenômeno relativamente novo dos grupos terroristas – organizações que, em si mesmas, não são Estados, mas que, ainda assim, fazem guerra e procuram acesso a armas de destruição – desafia pela primeira vez esse paradigma. O novo paradigma – grupos terroristas capazes de causar um estrago de dimensão que, anteriormente, só os Estados conseguiam provocar, mas que não são responsáveis como os Estados – exige dos defensores dos direitos civis que repensemos o nosso foco na ação do Estado."[66] Brugger começa um de seus primeiros artigos com a pergunta quanto a se a proibição absoluta de torturar seria também válida, "quando o Estado não é autoritário nem totalitário, mas se encontra organizado segundo o princípio democrático e do estado de

63. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 259. Contra essa interpretação tradicional de Hegel como filósofo do Estado antiliberal (por todos, Popper, *The Open Society and its Enemies*, 5. ed., New Jersey, 1966, p. 27 e ss. t. II, e Hayek, *The Counter-Revolution of Science*, Indianapolis, 1952, p. 367 e ss., especialmente p. 399), há quem defenda uma releitura de Hegel como liberal (por exemplo, Rawls, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge entre otros, 2000, p. 352 e ss.) ou como politicamente neutro (Pawlik, "Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen", *Der Staat* [41], 2002, p. 183 e ss., p. 193 e ss.).

64. Hobbes, *Leviathan*, ed. Tuck, Cambridge, 1996, passim.

65. Relevado com acerto por Lüderssen (n. 35), p. 696: "as pessoas (...) se desacostumaram a sentir medo do Estado"; K. Günther (n. 50), p. 105; Reemtsma (n. 8), p. 100.

66. Dershowitz, *Terrorism* (n. 12), p. 10 e ss.

direito e, no caso concreto, persegue propósitos que, em si, parecem legítimos".[67] É possível mencionar inúmeras manifestações nesse sentido.[68] Tais opiniões parecem simplesmente incompreensíveis se se levam em conta as atrocidades cometidas pelos Estados no curso de sua história e, principalmente, na primeira metade do séc. XX. Comparados com elas, não só o 11 de setembro – cuja importância não se quer aqui minimizar –, como mesmo a nossa bomba-relógio parecem algo um tanto pequeno. As ameaças terroristas, até agora histórico-empiricamente verificadas,

67. BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 68 (cita), p. 82.

68. Por exemplo, HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331: "De qualquer forma, não se deveria olvidar que hoje não se discute o regresso a um Estado torturador totalitário", ou WAGENLÄNDER (n. 21), p. 167 e ss., segundo o qual a permissão excepcional da tortura não seria perigosa em um Estado de Direito.
Também a frequente afirmação segundo a qual hoje não se estaria debatendo a tortura tradicional, mas tão-somente a "tortura salvadora" – para a qual se cunhou o termo alemão *Rettungsfolter* – (por exemplo, JEROUSCHEK, Kölbel, *JZ*, 2003, p. 614 e ss.; HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331; BREUER [n. 21], p. 16 e ss.; JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, p. 297 y 300; neste sentido ademais SCHROEDER, *ZRP*, 2003, p. 180; WOLBERT [n. 49], p. 85; IPSEN [n. 7], p. 39; indo além ISENSEE [n. 14], p. 60; LENZEN [n. 49], p. 200 e ss. ["tortura entre aspas"]; TRAPP [n. 49], p. 99 e ss., p. 103 e ss., para quem nos casos de salvamento sequer haveria tortura, mas apenas um interrogatório de salvamento por culpa do interrogado ["selbstsverschuldete Rettungsbefragung"]. Mas o ovo de Colombo foi encontrado por ERB em Nitschke [n. 7], p. 163 e ss.; Idem, em LENZEN [n. 21], p. 33, para o qual as convenções de direito internacional não haviam pensado nos novos grupos de casos), tem caráter ideológico, pois sugere que se teria uma nova espécie de tortura desconhecida de nossos antepassados, à qual não se aplicaria o juízo tradicional de condenação (crítico também SCHILD [n. 7], p. 78). Até mesmo a tortura de bruxas foi, ao final, uma instância de tortura salvadora, pois o que se almejava era combater os perigos para a alma de cada indivíduo que provinham daqueles que, por terem feito um pacto com o demônio, integravam o exército dos inimigos de Deus (vide SCHILD [n. 7], p. 75 e ss., 78 e ss.). As proibições jurídico-positivas impassíveis de exceção são, isso sim, uma resposta a estratégias argumentativas desde há tempos conhecidas, que queriam justificar a tortura alegando a imprescindibilidade desta para o salvamento de bens importantes (assim também KREMNITZER, *IsLR* [23], 1989, p. 242; HECKER, *KritJ* [36], 2003, p. 213; JAHN, *KritV*, 2004, p. 37 e ss.; DORFMAN, The Tyranny of Terror, em Levinson [n. 2], p. 3 e ss., p. 16; ENDERS [n. 14], p. 145; KINZIG, [n. 2], p. 19; HONG [n. 7], p. 25; MOLINA FERNÁNDEZ [n. 11], p. 280).

não oferecem fundamento para crer na análise custo-benefício defendida pela opinião que ora recusamos.

Note-se, por fim, que as considerações que acabamos de formular contra a análise custo-benefício sustentada pela opinião contrária são especulações empíricas, que se encontram, assim, sujeitas a uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*. Uma proibição de tortura inviolável quaisquer que sejam as circunstâncias e, assim, absoluta, somente pode ser fundamentada por quem argumente de uma perspectiva deontológica e, por isso, independente de qualquer empirismo. De qualquer maneira, podemos concluir que nem mesmo os anteriores argumentos conseqüencialistas autorizam os defensores da tortura a suas conclusões.

5. Conclusão

É insustentável distinguir entre situação normal e situação de emergência e postular regras distintas para a situação normal e para a situação de emergência, porque toda regra transcende à situação. Mais do que isso: só a exceção demonstra o verdadeiro sentido que damos à regra. Ninguém percebeu esse fato mais claramente do que o filósofo da exceção, Carl Schmitt, apesar de sua afirmação de que todo direito é direito da situação, cuja vigência dependeria de determinada situação de normalidade:[69] "O normal não significa nada, a exceção prova tudo. Ela não apenas confirma a regra, a regra vive unicamente da exceção".[70] Não se pode escapar disso propondo uma ética do excepcional,[71] um dever do estadista de abrir-se à dimensão trágica de sua missão e de sujar as mãos,[72] ou uma diferenciação entre o trato com cidadãos e o combate aos inimigos.[73]

69. Schmitt, *Politische Theologie*, 8. ed., 2004, p. 19.

70. Schmitt (n. 68), p. 21.

71. Veja-se especialmente M. Walzer, *Emergency Ethics, em Arguing about War*, New Haven/London, 2004, p. 33 e ss., p. 40; de acordo Levinson, *Texas Law Review* (81), 2003, p. 2032; similar Gross (n. 9), p. 239, que diferencia entre uma "perspectiva de política geral" e uma "perspectiva do caso catastrófico", e Zuckermann, Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth, *IsLR* (23), 1989, p. 357 e ss., p. 372 e ss.; ademais Trapp (n. 24), p. 459.

72. Veja-se aqui outra vez, M. Walzer, Political Action: The Problem of Dirty Hands, *Philosophy & Public Affairs* (2), 1972, p. 160 e ss., p. 166 e ss.; também Moore (n. 21), p. 720; Isensee, (n. 14), p. 61; e, adicionalmente, Elshtain, Reflection on the Problem of "Dirty Hands", em Levinson (n. 2), p. 77 y ss., p. 83.

73. Veja-se acima n. 43.

"A exceção prova tudo". Por isso, é inadequado criticar a opinião aqui defendida, chamando sua disposição de deixar morrer seres humanos por amor de certos "princípios abstratos" um *fetichismo de regras*.[74] Toda posição que se defenda será composta de certas regras ou "princípios abstratos". Também os defensores da exceção defendem regras, apenas outras, a saber: de que a dignidade do ser humano pode decair ou de que ela está sujeita a uma reserva de custos; regras que, em geral, nem mesmo são defendidas abertamente, porque elas tampouco se mostram defensáveis. A questão não é se obedecemos a regras, e sim a que regras obedecemos: às regras do Estado de direito, que conhece limites absolutos no trato com seres humanos, ou às regras do bando de ladrões, que pode esquivar-se sem maiores preocupações com tais obstáculos. O Estado de direito tem de resistir, inclusive e principalmente face ao pior. Como afirma Roxin: "a sua superioridade moral em relação ao delinqüente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele".[75]

"A regra vive unicamente da exceção": na discussão sobre os casos da bomba-relógio, não se trata do nosso comportamento hipotético numa situação imaginária, que oxalá nunca venha a ocorrer, mas sim de nosso comportamento presente – isto é, de nossa renúncia à tortura e de nossa condenação a esta prática – e das razões que realmente o sustentam. Propor uma exceção à regra da proibição de torturar significa

74. Neste sentido, porém, FRANKE, Wie verbindlich ist das Folterverbot für den Rechtstaat, em NITSCHKE (n. 7), p. 51 e ss., p. 61; veja-se, ademais, ERB, *Jura*, 2005, p. 30; Idem, *NStZ*, 2005, p. 600 e ss.; Idem, em NITSCHKE (n. 7), p. 165; Idem, em LENZ; BRUNKHORST (n. 21), p. 34 ss., que fala aqui levianamente de "totalitarismo"; mais refinado, mas mesmo assim inaceitável ELSHTAIN (n. 71), p. 83, 86 e ss., que reconduz a opinião aqui sustentada à tradição teológica do pietismo rígido, e defende a tradição católica de uma casuística da responsabilidade concreta.

75. ROXIN (n. 2), p. 466; também Idem, *AT*, t. I § 16/99. Vejam-se ademais HASSEMER (n. 49), p. 200; RAESS (n. 5), p. 112; CHRISTENSEN (n. 14), p. 159; BIELEFELDT (n. 13), p. 102: *Um Estado de Direito não pode entrar numa corrida de barbárie*; ENDERS (n. 14), p. 147 e ss.; BRIESKORN, Folter, em Beestermöller, BRUNKHORST (n. 2), p. 52; HETZER, Ist Freiheit durch Sicherheit korrumpierbar?, em *StraFo*, 2006, p. 140 e ss., p. 144. Similar também a argumentação fundada em nossa identidade como Estado de Direito em Reemtsma, Zur Diskussion über die Re-Legitimierung der Folter, em Beestermöller, BRUNKHORST (n. 2), p. 71 e ss.; Idem, (n. 8), p. 81, 87 e ss., p. 91 e ss., p. 99, 117, 122 e ss. e p. 129.

que recusamos esta prática não porque ela lesiona a dignidade de um ser humano, e sim porque ele ainda não se comportou mal, ou porque não temos ainda nenhum interesse suficientemente forte em torturar essa pessoa. Para o Estado de Direito, o que deve importar é a dignidade.

Comentário ao estudo de Luís Greco

BERND SCHÜNEMANN

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. da Universidade Ludwig Maximilian, Munique.

1. O artigo[76-77] de Greco não apenas documenta e sintetiza de modo completo o debate, que vem sendo travado com uma intensidade até então desconhecida, sobre a valoração jurídica da tortura salvadora em situações extremas, como também contribui para a maior clareza da discussão, e isso de três maneiras: primeiramente, no que atine ao *conceito de tortura* (com a alusão, feita infelizmente apenas de passagem, ao critério do "exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa", nas notas 2 e 15); em segundo lugar, esclarecendo que o conceito de "exceção", freqüentemente usado no presente debate como difuso subterfúgio, não se refere apenas a casos individuais, e sim a uma *norma de exceção* que impõe uma restrição à proibição geral de torturar; e, em terceiro lugar, reconduzindo as possíveis razões para uma tal norma de exceção a dois princípios, que Greco chama de "regra da decadência" e "regra dos custos" (com o sentido de uma ponderação de bens e de interesses). De certa maneira, as duas regras representam uma transferência do tradicional debate sobre as teorias da pena à questão da tortura, uma vez que a regra da decadência, como a chamada teoria

76. O autor dirige algumas considerações céticas à argumentação de Greco e à doutrina dominante.

77. Trad. Luís Greco, do original Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco, publicado em *GA* 2007, p. 644 e ss.

absoluta, trata de uma legitimação valorativo-racional em face do afetado, enquanto a regra dos custos trata da necessidade teleológico-racional segundo o modelo das teorias relativas. Se tentarmos levar esse modelo de legitimação binário, que é a teoria correta para a justificação do direito penal,[78] deste setor para a tortura salvadora e procedermos a um exame da tortura salvadora com base neste modelo, sem nos deixarmos desorientar pela montanha de idéias produzida pela dogmática tradicional, parece que chegaremos a uma conclusão surpreendente, uma vez que a legitimação valorativo-racional e a necessidade teleológico-racional da pena, se comparadas ao caso da bomba-relógio a respeito do qual reflete Greco, se mostram altamente duvidosas: a admissão do poder-agir-diversamente, pressuposto do juízo de reprovação da culpabilidade,[79] pressupõe num nível geral uma tomada de posição um tanto problemática em favor do indeterminismo e, num nível especial, uma ousada capacidade psiquiátrica, e tendo em vista o depressivo balanço de custos e benefícios da execução da pena privativa de liberdade, a necessidade teleológico-racional se fundamenta no altamente controvertido cálculo da prevenção geral pela cominação da pena, que se mostra implausível justamente nos casos mais graves (como o homicídio praticado num estado de emoção ou paixão contra o parceiro amoroso).[80] Se pensarmos na *prisão preventiva*, que se encontra entre os clássicos instrumentos da justiça penal e que, apesar da existência de modernas alternativas como o monitoramento eletrônico, até hoje é preservada pelos juízes com bastante astúcia por causa da comprovada eficácia em obter coativamente confissões e possibilitar uma transação penal, veremos que já

78. A respeito, SCHÜNEMANN, "Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie", em Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 109 e ss. (p. 114 e ss.). (N.T.: Há versão espanhola: Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva, em SILVA SÁNCHEZ [ed.], *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 89 e ss.).

79. Mais detalhes em SCHÜNEMANN, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 537 e ss. (p. 547 e ss.). (N.T.: Há versão espanhola: La Culpabilidad: Estado de la Cuéstion, in: SILVA SÁNCHEZ [ed.], *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Madrid, 2000, p. 91 e ss.).

80. Para o estado atual da investigação empírica sobre a prevenção especial e geral cf. KAISER, *Kriminologie*, 3. ed. 1996, p. 258 e ss., p. 265 e ss.; P.-A. Albrecht, *Kriminologie*, 3. ed. 2005, p. 48 e ss., p. 58 e ss.; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. ed. 2002, p. 30 e ss., p. 34 e ss.

no dia-a-dia de nossa justiça penal há algo que pode ser subsumido sob o conceito de tortura de Greco, e esse instrumento é usado apenas para garantir a execução da pena, algo cuja utilidade social é tamanhamente questionável.

Em comparação, parece até trivial justificar a tortura para salvar vidas em face do terorrista responsável. Em primeiro lugar, inexiste prospectivamente qualquer dúvida quanto à possibilidade de evitação (como paralelo ao poder-agir-diversamente, necessário para a pena). Em segundo lugar, a contraposição entre o salvamento de um sem-número de pessoas inocentes, cujo assassinato é planejado pelo cálculo misantrópico do terrorista, e a passageira intervenção na integridade física deste faz com que a análise custo-benefício tenha resultado positivo, o que fica ainda mais evidente em comparação com os questionáveis argumentos que se aceitam tanto para a pena, quanto para a prisão preventiva. Se tomarmos como ulterior base de comparação o direito de matar em legítima defesa quem está cometendo um roubo, direito esse indiscutidamente reconhecido em nosso ordenamento jurídico, ou a menção que se faz de passagem na dogmática do risco permitido, no sentido de que se aceita a morte de milhares de vítimas em razão do interesse no funcionamento do tráfego rodado, surge a grave suspeita de que a tese claramente dominante em favor do "tabu da tortura para salvar vidas" (vide as completas referências no texto de Greco) não passe de ideologia ou, no caso dos autores que esperam que a proibição abstratamente defendida seja violada em casos de emergências, com o que acabam em segredo considerando a tortura algo correto, mesmo de hipocrisia.

2. Será essa comparação *prima facie* uma reação a uma aporia ocultada pela doutrina dominante com admirável esforço retórico, ou será ela mesma uma falsa intuição capital? É compreensível que, na discussão sobre a tortura salvadora, haja uma enorme dificuldade de superar as associações com os bestiais porões de tortura dos regimes totalitários (em que a rigor se perseguiam finalidades diametralmente diversas), razão pela qual a sóbria análise de Greco se mostra extraordinariamente valiosa, valor esse que não é diminuído pelo fato de que ela acabe, a meu juízo provavelmente sem querer, desconstruindo de modo inevitável a doutrina dominante até a exposição de seu fundamento último, que é de caráter religioso.

a) Greco quer refutar a "regra da decadência" atribuindo-lhe uma contradição interna, uma vez que a tortura "desconsidera de modo absoluto" a vontade do cidadão (destruindo, assim, a indispensável base de

legitimidade do Estado), de modo que ela não poderia ser justificada fazendo referência à vontade má do autor. Esta objeção faz recordar – apesar de que sua finalidade seja exatamente inversa – de modo surpreendente as teorias absolutas da pena, que supõem deduzir a conseqüência jurídica da pena de uma contradição com o ordenamento jurídico implicitamente declarada pelo comportamento do autor ou mesmo de uma contradição lógica que se manifesta no próprio comportamento.[81] Mas supor que exista uma tal contradição é, na verdade, um "feitiço de nosso entendimento por meio da linguagem",[82] produzida por um processo de abstração questionável e até deformador do fenômeno real: recusar o respeito, por exemplo, à vontade de um terrorista que quer por um motivo fútil assassinar milhões de pessoas, deixando também de considerar a correlata vontade de omitir a ação salvadora juridicamente obrigatória, tem (dito abstratamente) como consequência prática a execução dessa obrigação jurídica. Só se teria uma contradição, se se estivesse violando uma vontade juridicamente merecedora de respeito.[83]

b) Com muito menos razão posso reconhecer na recusa à "regra dos custos" algo logicamente necessário. Esta recusa me parece muito mais uma conclusão circular. Se *per definitionem* se fixa um conceito de dignidade humana, segundo o qual no seu bojo não é possível qualquer ponderação, está claro que não ocorrerá mais ponderação alguma – mas aqui se vê com clareza que um tal conceito só pode ser proposto pres-

81. Em Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 327 e ss. (329), falei com intenções levemente polêmicas na tentativa de se valer da pena com o mero objetivo de possibilitar uma "homoestase hermenêutica" (N.T.: há tradução para o espanhol em InDret 2/2008, n. 531); para uma tentativa de refutar o delito partindo-se dele mesmo, com base no exemplo do furto, cf. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 2. ed. 1798, p. 229 e ss.; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 100; Schmitz, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe*, 2001, p. 116 e ss.

82. (N.T.): Trata-se de uma alusão a uma famosa passagem do § 109 das Investigações Filosóficas de Wittgenstein.

83. Ainda que a tortura continue com a peculiariedade de desumanizar de um modo específico, a saber dobrando o entendimento e a vontade por meio de uma exploração de um aspecto mais primitivo de nossa condição, qual seja a sensibilidade do corpo à dor. Mas como também a existência do prisioneiro é reduzida à de uma criatura mantida numa jaula, temos na tortura (apenas) um incremento quantitativo, o que não pode legitimar o salto qualitativo para o mundo do absoluto (em forma de uma imponderabilidade), do qual não fazem parte quaisquer coisas terrenas.

supondo-se uma concepção do absoluto religiosamente fundada, que é mesmo absurda face a uma sociedade voltada para as questões finitas deste mundo e ao direito que a ela se restringe: basta que se extenda o caso hipotético da bomba-relógio, imaginando a situação já não de todo fantasiosa em que exista o perigo de uma guerra nuclear que levaria ao fim de toda a humanidade,[84] e com isso se verá o impressionante paralelo que existe entre a opinião dominante e a teoria absoluta da pena, em especial reconhecível na afirmação de Immanuel Kant, de que "se desaparecer a justiça, não há mais valor algum na existência de seres humanos sobre a terra".[85]

3. Observe-se que a presente crítica metodológica à opinião dominante não implica uma tomada de posição no que se refere à questão em si, o que seria ademais inadequado num breve comentário. O que me interessa é advertir contra o empobrecimento da análise jurídica, que, ao negar a existência do caso extremo, acaba deixando a pessoa que se vê deparada com um tal caso sem qualquer orientação a respeito de como deve agir. Uma vez que a afirmativa categórica segundo a qual *nunca* se pode ser justificada a tortura salvadora – afirmativa essa que a doutrina dominante estende, como no caso Daschner, à mera ameaça de tortura[86] – não pode estar correta, a tarefa que se impõe à doutrina é formular, ao invés da mera cláusula genérica que teme Lüderssen,[87] uma regra

84. Mencione-se que não é de hoje que existem, nas três grandes religiões, círculos fundamentalistas que poderiam integrar um tal cenário sem maiores dificuldades em sua visão de mundo escatológica. Também a destruição do clima, em que prossegue a sociedade industrial apesar de todas as manifestações políticas em sentido contrário, torna pensável uma tal situação apocalíptica e demonstra que essa possibilidade ao menos deveria ser levada em conta na análise dogmática.

85. *Die Metaphysik der Sitten* (nota 4), p. 227.

86. Em sentido contrário, a crítica a meu ver convincente de HERZBERG, Folter und Menschenwürde, *JZ* 2005, p. 321 e ss. (328). Ainda que se veja nesta ameaça apenas um blefe, ele pode ser psicologicamente eficiente. E quem, com a opinião dominante e a jurisprudência, considerar a mentira que aí resta injustificável mesmo numa situação do mais amargo estado de necessidade para a vida de uma criança, está na verdade caindo na posição acadêmica de Immanuel Kant em seu escrito: Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade (1797), posição esta com acerto, predominantemente recusada.

87. Die Folter bleibt Tabu, em *Festschrift für Rudolphi*, 2004, p. 691 e ss. (704, 712).

excepcional tanto bem estreita sob o aspecto material, quanto dotada de amplas garantias processuais, levando-se assim em conta a desconfiança que Greco acertadamente vota àqueles a cujas mãos se confia o exercício do poder estatal. Isso acabou sendo intuitivamente feito pelo próprio Tribunal Constitucional na decisão sobre a Lei de Segurança no Espaço Aéreo (Luftsicherheitsgesetz): apesar de que inicialmente o Tribunal se tenha valido do argumento circular de que o abate de uma aeronave que está sendo usada por terroristas como arma de aniquilamento faria dos passageiros meros objetos de uma ação de salvamento do Estado e seria imcompatível com a sua natureza de sujeitos dotados de dignidade e de direitos indisponíveis, o Tribunal acrescentou algo que, ao lado desta afirmativa categórica, seria a rigor dispensável, mas na verdade é extraordinariamente correto, a saber uma crítica aos pressupostos de imposição da medida previstos no então vigente § 14 da Lei de Segurança no Espaço Aéreo.[88]

88. *BVerfGE* 115, 118 (154 e ss.) = *NJW* 2006, 751, 758 (n. 124 e ss.).

2

Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista

MARCO ANTONIO SANTOS REIS

Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O artigo discute, inicialmente, se a pretensa adoção do finalismo pelo Código Penal brasileiro é uma conclusão convincente. Em seguida, o estudo direciona-se para outro propósito, consistente em clarificar a diferença entre duas das mais proeminentes teorias funcionalistas – as propostas de Jakobs e Roxin – aplicadas ao Direito Penal. Por fim, o autor analisa cada construção teórica separadamente e conclui que o sistema de Roxin, alicerçado em uma perspectiva político-criminal e teleologicamente estruturado, mostra-se, a despeito da crítica, bastante útil se corretamente compreendido.

PALAVRAS-CHAVE: Finalismo – Reforma da parte geral do Código Penal (1984) – Funcionalismo – Imputação objetiva.

ABSTRACT: The article discusses at first whether the claimed adoption of Finalism by the Brazilian criminal code is a suasive conclusion. Then the study turns to another purpose, which consists on clarifying the difference between two of the most prominent functionalist theories – Jakobs' and Roxin's proposals – applied to criminal law. At last, the author analyses each theoretical construction separately and concludes that Roxin's system, based on a criminal-policy perspective and teleologically framed, appears, despite the criticism, quite useful if correctly understood.

KEYWORDS: Criminal-policy–Constitutional foundations – Brazilian Criminal Code – Objective imputation – Risk creation.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais e plano de investigação – 2. Breves reflexões críticas acerca da doutrina finalista: 2.1 O finalismo; 2.2 A suposta adoção do finalismo pelo Código: 2.2.1 O Erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação; 2.2.2 Da exigência do elemento subjetivo nas causas de justificação; 2.2.3 Finalismo e concurso de agentes; 2.3 Conclusão intermediária; 2.4 Do suposto resguardo às garantias individuais pelo finalismo – 3. Um excurso pós-finalista: quebrando paradigmas: 3.1 Teorias funcionais; 3.2 A moderna teoria da imputação objetiva – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais e plano de investigação

Frequentemente – e não sem certo entusiasmo –, boa parte da doutrina assevera ou parece dizer que a Reforma do Código Penal de 1984, dentre as alterações promovidas, adotou o finalismo enquanto teoria reitora.[1] No intuito de investigar a validade e extensão dessa premissa e, respeitando os limites inerentes ao espaço disponível, insta delinear o escopo deste trabalho: (a) *de um modo geral, perquirir até que ponto o finalismo se revela apto a solucionar determinadas questões da dogmática, a serem explicitadas ao longo do artigo*; (b) *verificar se a partir das alterações oriundas da reforma da parte geral é possível defender uma adoção do finalismo pelo legislador*; (c) *questionar se o finalismo é o sistema mais adequado à proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão*; (d) *clarificar algumas concepções funcionalistas e a moderna teoria da imputação objetiva.*

2. Breves reflexões críticas acerca da doutrina finalista

2.1 O finalismo

Este tópico não promoverá uma ampla discussão acerca do finalismo, muito embora alguma referência seja necessária à satisfação dos objetivos traçados. Seu objetivo primordial será o de examinar algumas

1. Dentre os autores e manuais que o dizem expressamente ou, pelo menos, abraçam soluções finalistas à luz do Código Penal, é possível citar: Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. *RT* 839/421-443, set. 2005, expressamente p. 424-425; Jesus, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, nota do autor; Luisi, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 119. Toledo, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 154, e 230 s.; Andreucci, Ricardo Antunes. *Culpabilidade e erro. Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 120 ss.; Santos, Gérson Pereira dos. *Inovações do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41 s.; Zaffaroni, E. R.; Pierangeli, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 380, 449, 472, 634, 645 s.; Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 309, 314 e 346; Silva Franco, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, t. I, p. 274; Mayrink da Costa, A. *Direito penal, parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2, p. 774, 908 e ss., especialmente p. 915-916, entre outros.

soluções finalistas para dados temas da dogmática penal, o que, ao término, evidenciará o tom de crítica e superação daquele sistema.

Não se contesta, desde uma perspectiva antropológica, o fato de ser o ente humano, dentro de certos limites, capaz de controlar fatores causais, isto é, de colocar a causalidade a seu serviço no fito de realizar determinados fins propostos.[2] Essa capacidade de dirigir sua atividade de modo planificado é ínsita ao homem, que por meio desta concebe não apenas um propósito, mas também os efeitos possíveis e necessários de sua atuação.

O finalismo – amparado por uma fundamentação fenomenológica – alicerça-se em estruturas lógico-reais[3] (*sachlogische Strukturen*), as quais o legislador deve se submeter quando do procedimento legiferante. De acordo com tal proposição, se essas estruturas primárias regem e explicam uma realidade repleta de sentido, ao legislador não cabe outra postura, senão a de aceitá-las e circunscrever sua atividade ao âmbito dessas estruturas, pois só assim lhe será possível afastar qualquer deletéria influência de cunho ideológico. Contudo, em caso de desobediência do legislador, a atividade por ele experimentada não passará de esforço vão a revelar resultados errôneos e especiosos.[4]

2. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal – una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. e notas por José Cerezo Mir. Montevidéu-Buenos Aires: B de f, 2004, p. 42. Título Original: Das neue Bild das Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre.
3. Estruturas lógico-objetivas são estruturas da matéria da regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente à realidade, objeto de conhecimento. Idem, p. 31, n. 2.
4. Vide CEREZO MIR, José. Obras Completas I – *Derecho penal: parte general*. 1. ed. brasileira. Lima: Ara Editores e São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 394, n. 17. Para Welzel, a existência de um dever-ser transcendente à existência e vinculante é o pressuposto de possibilidade de uma existência humana dotada de sentido. Por outro lado, a liberdade configura um ato de liberação da coação causal que os impulsos exercem sobre o homem, para que, então, ele possa autodeterminar-se conforme o sentido. O reconhecimento do homem como pessoa responsável é um conteúdo material que necessariamente está implícito no axioma supremo do Direito Natural, de que há uma obrigação ou dever transcendente à existência. As manifestações sobre conteúdos do dever-ser estão arraigadas em estruturas de sentido primárias, nas quais o homem trata de interpretar o sentido de sua existência, explicitando-lhe os fins vinculantes do obrar. V. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho – derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe

Pedra de toque da doutrina finalista é a sua teoria da ação. Nesse sentido, a norma proibitiva só se legitima frente a atuações humanas finalisticamente dirigidas, consoante uma vontade de concreção que abarca, grosso modo, o propósito, os meios selecionados, os efeitos secundários necessariamente vinculados ao emprego desses meios e as consequências representadas como possíveis.[5] Como resultado, a finalidade é erigida à categoria lógico-objetiva fundamental, responsável, dentre outras coisas, pelo posicionamento do dolo no tipo.[6]

Conforme reconhece Roxin,[7] ao finalismo, enquanto reação aos sistemas clássico e neokantista, são atribuídos os méritos de haver enxergado no desvalor da ação um elemento constitutivo do injusto penal e, por via de conseqüência, ter logrado melhor delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. O tipo

González Vincen. Buenos Aires: B de f, 2005, p. 324-327. Filosoficamente, essa posição também sofre críticas, como, por exemplo, Norbert Hoerster: "La suposición de normas y valores objetivos, independientes del sujeto valorante y accesibles a través de un acto del conocimiento, son difícilmente conciliables con una imagen científico-racional del mundo. La manifiesta falta de un método universalmente aceptado para un (supuesto) conocimiento en este ámbito es sólo uno de los problemas que aquí se presentan." Cf. HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, Estudios Alemanes, 1992, p. 57-58.

5. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema* ... cit., p. 42 e ss.

6. Por meio desse raciocínio, a categoria do tipo, no modelo finalista, está atrelada à natureza finalista do agir humano. O tipo representa, pois, a descrição da matéria proibida, do comportamento proibido. Manifesta, contudo, é a inaptidão da finalidade para explicar o tipo subjetivo do crime imprudente. A última tentativa de se prestar um esclarecimento lógico partiu de Struensee que, todavia, não logrou o convencimento esperado. Segundo este autor, o tipo subjetivo do delito imprudente consiste no fato de que aquele que atua conhece uma porção tipicamente relevante das condições do resultado produzido, das quais surge, segundo a valoração do ordenamento jurídico, um perigo intolerável. Na culpa consciente haveria também um tipo subjetivo, cujo conteúdo seria o conhecimento dos fatores de risco. Como é possível depreender, a tese não pode prosperar. Não raro, crimes imprudentes são cometidos sem que o agente necessariamente tome consciência do risco gerado por sua atividade (Cf. STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. fasc. II, mayo-ago. 1987, t. XL, p. 423-450).

7. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

– antes restrito à causação de um resultado – ganha um traço subjetivo, o que permite distinguir entre crimes imprudentes e dolosos já nessa categoria.

Computados seus imorredouros avanços teóricos e práticos, difícil sustentar que um conceito pré-jurídico de ação ainda permanece capital a uma dogmática garantidora de direitos. Não obstante as conhecidas deficiências do modelo causal-naturalista, as hipóteses de ausência de ação ali já eram delineadas da maneira hoje consagrada.8 Tampouco é necessário repisar com detalhes a débil compleição da finalidade para fundamentar os delitos omissivos e culposos.9

Posto isso, imperioso expor algumas considerações mais específicas, numa tentativa de abordar temáticas há muito intocáveis na dogmática brasileira. As críticas aduzidas, de um modo ou de outro, terão um certo desdobramento na análise dos pontos que se seguem, atinentes às

8. Por exemplo, BELING, Ernst Von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42-43, Colección clásicos del derecho. Ademais, neste aspecto o finalismo em nada inovou, chegando mesmo a provocar certa controvérsia nas chamadas ações automatizadas, como assevera ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos de la estructura del delito*, Trad. 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 1997, § 8, n. 23, t. I, p. 242-243. Segundo aponta com acerto este autor, em muitas ocasiões, o agente sequer possui controle consciente de sua atividade. Nesse contexto, incisivamente, Tavares, para quem o tratamento das ações automatizadas pelo finalismo "constitui contradição à estrutura ontológica da ação e manifesta submissão a um conceito normativo de conduta" (TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência – uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65).

9. A título ilustrativo, na esteira dos tipos imprudentes não seria exagero dizer que as muitas modificações sofridas pelo finalismo desde o seu surgimento se devem, não raro, ao frustrado esforço por parte de seus defensores em tentar apreender a culpa por meio da finalidade, meta que, diga-se de passagem, jamais logrou êxito sem trair aquela idéia ontológica inicial. Nesse sentido, o famoso comentário de Arthur Kaufmann, "para quem a história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sempre outra vez modificadas de apreender o delito culposo". (Die ontologische Struktur der Handlung. *Schuld und Strafe*. 2. ed. Köln: Carl Heymanns, 1983, p. 11 e ss., p. 26 apud GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *RBCCrim* 32/120-163. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).

repercussões dogmáticas geradas pela suposta adoção do finalismo pelo legislador.

2.2 *A suposta adoção do finalismo pelo Código*

2.2.1 *O Erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação*

De acordo com dado setor doutrinário, um indício da suposta adoção do finalismo pelo Código Penal estaria evidente no tratamento dispensado ao erro de tipo e erro de proibição.[10] O raciocínio incorpora a seguinte estrutura: se o Código Penal abrigou um tratamento dicotômico no que se refere ao erro – abandonando orientação anterior, baseada num tratamento unitário entre erro de fato e de direito –, ao eliminar do dolo a consciência da antijuridicidade, o Código teria adotado o finalismo, já que esse é um dos reflexos imediatos dessa escola.

Ora, o citado raciocínio parece ignorar, pelo menos, dois aspectos primários: (a) que a própria lei determina que o tratamento do erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, baseado num erro de fato, implique as consequências do erro de tipo.[11] Daí resulta que

10. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia ontoaxiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa cit. Prudentemente, Everardo da Cunha Luna postulava: "A nova Parte Geral do Código Penal, como talvez pensem alguns autores, não se fundamenta na teoria finalista da ação. O fato de acolher no art. 21, o chamado erro de proibição, mesmo que esse artigo venha a ser interpretado sobre os fundamentos da chamada teoria da culpabilidade, não autoriza uma interpretação finalista da nova lei penal brasileira. E não autoriza principalmente diante do fato de que a decisão entre as chamadas teoria do dolo e teoria da culpabilidade não resulta de uma luta entre finalistas e não-finalistas, mas de um problema de difícil solução (a propósito, Wolfgang Naucke, *Strafrecht: eine Einführung*. Frankfurt an Main, 1977, p. 275-5). Ora acontece assim no Código Penal alemão, com maiores razões na nova Parte Geral do Código Penal, nosso art. 21, como veremos em capítulos subseqüentes, inspirou-se – mas não copiou – em suas palavras e em seu conteúdo, no § 17 do Código Penal alemão". V. CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 111.

11. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/1984, item 17. "É, todavia, no tratamento do *erro* que o princípio *nullun crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro.Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de *erro* construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos

se considera excluído o dolo quando da concorrência daquela espécie de erro; (b) o fato de se excluir o dolo no caso das chamadas descriminantes putativas é inconciliável com o finalismo: os escritos de Welzel, Armin Kaufmann e Hirsch defendem ou defenderam em algum momento a opção pela teoria estrita ou extremada da culpabilidade, em que o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação exclui a culpabilidade se inevitável, sem nenhuma referência ao dolo que, por sua vez, permanece intacto.[12]

Sobre este último ponto, cumpre reconhecer o caráter ultrapassado dessa formulação teórica, máxime em razão da patente injustiça que encerra. A teoria extremada da culpabilidade parece desconhecer uma sensível diferença valorativa quanto à conduta do agente que incorre num erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação. A predileção por uma pretensa coerência sistemática acaba por ignorar um juízo de valor que salta aos olhos: o de que quem atua nessas circunstâncias o faz em razão de uma finalidade fiel ao ordenamento jurídico. Afirmam alguns defensores da teoria extremada que essa situação em especial deveria suscitar no agente um exame consciencioso sobre a hipótese fática que se lhe afigura.[13] Segundo essa orientação, se o autor, nessas circunstâncias, não procede a esse exame cuidadoso, haveria uma omissão que constitui um injusto mais grave do que um erro comum. A este argumento, Dreher[14] formula objeção com o seguinte exemplo: "não se compreende bem por que um oficial de justiça que entra à força numa residência estaria obrigado a um exame mais cuidadoso da situação material do que um motorista que viaja com seu carro em meio a um tráfego denso". O significado subjacente a esse debate demonstra que à teoria

do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da *consciência potencial* da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada 'teoria limitada da culpabilidade'. (...)"

12. Notícia: Hirsch mudou seu entendimento recentemente (Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums – Über eine vermittelnde Schuldtheorie, *Festschrift für Schroeder.* Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 223 e ss.).

13. Vide Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos de la estructura del delito* cit., § 14, n. 64, p. 584, nota 77.

14. Der Irrtum über Rechtfertigungs Gründe. Heinitz-FS, 1972, p. 215 apud idem, p. 584.

extremada parece haver passado despercebido um precioso detalhe: o de que quem incorre num injusto em função de não ter examinado tais circunstâncias de modo suficiente age sem dolo e com imprudência.

Outro equívoco comum é reputar o dolo como elemento situado exclusivamente no tipo com base na frágil ponderação de que se o erro de tipo exclui o dolo, este, decerto, à categoria do tipo deve pertencer. Não suscita dúvida a incongruência do raciocínio: se assim fosse, a culpabilidade deveria pertencer ao âmbito da antijuridicidade, uma vez que o erro de proibição invencível a elimina. Ademais, quanto ao dolo e sua posição, Lange[15] já asseverava que não é evidente que o conceito de ação entendido finalisticamente tenha como consequência necessária apartar o dolo da culpabilidade, pois não se trata de utilizar em determinado lugar do sistema elementos estruturais materiais, porém, de distintos aspectos de um mesmo estado psíquico. Não é porque o finalismo adiciona elementos subjetivos ao tipo que restam obstaculizados quaisquer exames para apurar a relevância do dolo além da ilicitude ou mesmo no tocante à culpabilidade, num juízo de censurabilidade da conduta não conforme o direito, segundo preleciona Roxin.[16] Não é tão importante saber a localização sistemática do dolo – algo que com certa freqüência não é concebido com clareza –, mas sim configurá-lo quanto ao seu conteúdo.[17] Forçoso, pois, entendê-lo não como algo vinculado

15. Vide ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 129.

16. Idem, p. 130 e 138. Dentre os autores que defendem um duplo posicionamento do dolo, pode-se citar, além do próprio Roxin (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Trad. e introdução por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 251), o iniciador Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, em *ZStW* 67 (1955), p. 1 e ss. (p. 44 e ss.) apud PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 5; e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, § 24, III, 5, p. 260.

17. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*... cit., p. 139. Sobre a problemática da localização do dolo, Mir Puig apresenta visão interessante que distingue três níveis de dolo: (a) o dolo típico, que exige tão-só o conhecimento e a vontade de realizar o fato típico; (b) o dolo referido ao fato típico sem os pressupostos de uma causa de justificação; e (c) o dolo completo, que pressupõe o conhecimento da antijuridicidade. Cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana

por necessidade a estruturas ônticas, mas como passível de assumir feições relevantes noutras categorias fundamentais do delito, rejeitando-se, por essa via, concepções nimiamente classificatórias, divorciadas de uma visão holística da teoria do crime.

2.2.2 Da exigência do elemento subjetivo nas causas de justificação

Questão não menos tormentosa diz respeito à exigência finalista de simetria entre os tipos objetivo e subjetivo no âmbito das justificações com base na estrutura lógico-objetiva da ação. Sobre a presença dos elementos subjetivos nas causas de justificação, a doutrina, grosso modo, divide-se em três grupos: (a) para uma primeira vertente basta a concorrência de pressupostos objetivos à formação da justificante;[18] (b) para outro setor, exige-se também a consciência da situação justificante;[19] (c) uma posição subjetivista quer exigir além do aspecto cognoscitivo, o

Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 210.

18. Na Alemanha, por todos WAIDER, H. Die Bedeutung der Lehre Von den subjektiven rechtfertigungselement für Methodologie und Systematik des Strafrechts, Berlin, 1970 apud SANZ MORÁN, Angel José. *Los elementos subjetivos de justificación*. Barcelona: J. M. Bosch, 1993, p. 15, n. 44. Na América Latina, cite-se, por exemplo, Zaffaroni que mudou de opinião recentemente, abandonando uma postura subjetivista – encontrada em seu *Manual de direito penal brasileiro* cit., p. 546 – para assumir uma concepção objetiva das causas de justificação. V. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, prefácio, XX e também em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 605. A doutrina italiana de modo predominante considera que as causas de justificação operam apenas num sentido objetivo – Por exemplo, Grosso. L'errore sulle scriminanti, Milano, 1961, p. 115 e ss. e ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale, parte generale*. 8. ed. Milano, 1980, p. 223-224 apud SANZ MORÁN, Angel. *Los elementos subjetivos*... cit., p. 15, n. 45.

19. Opinião majoritária hodiernamente. Por todos, ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*... cit., n. 94, p. 597. Vale citar a posição de Hans-Ludwig Günther, adotada por Juarez Tavares, segundo a qual basta que "o sujeito tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante". Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*... cit., p. 314. Para essas distinções e como consulta obrigatória: TRAPERO BARREALES, María A. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada: Comares, 2000; VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona: PPU, 1994.e SANZ MORÁN, Angel. *Los elementos subjetivos de justificación* cit.

volitivo, cujo conteúdo nem sempre consegue se precisar.[20] Este tópico deseja discutir um ponto fundamental: se uma abordagem ontológica é coerente e idônea a sustentar a existência de elementos subjetivos de justificação. Sob uma perspectiva interna, restará indagar se a redação do Código Penal brasileiro exige a concorrência do *animus defendendi* para que a defesa seja legítima.

À realização desse desiderato é imprescindível descortinar os fundamentos do injusto. Pois bem, segundo a teoria do injusto pessoal de Welzel, uma conduta antijurídica só possui esse caráter enquanto obra de um autor que, por meio de sua vontade, imprime sua marca ao fato. Prossegue o catedrático de Bonn afirmando que o injusto do fato é determinado pela meta final do agente, bem como pelo ponto de vista de sua ação, os deveres que lhe incumbiam e também a eventual lesão a um bem jurídico.[21] A antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato referido a um determinado autor, e o injusto é a ação injusta pessoal a ele referida. Em síntese, submete-se a noção de injusto à estrutura lógico-objetiva da finalidade, ponto nodal de todo o finalismo. Daí decorrem alguns corolários: (a) a norma jurídico-penal opera como norma de determinação na esfera da antijuridicidade, cujo teor proibitivo deve ter o condão de gerar na pessoa um estímulo a não delinqüir. Por outro lado, a norma jurídico-penal também declara seu caráter valorativo, decidindo quais bens jurídicos são passíveis de proteção e desvalorando condutas que encerrem um ataque a esses bens tutelados; (b) a conduta antijurídica existe sob a forma dolosa, se o agente viola tal mandamento de uma forma direta e culposa, quando há inobservância de um dever de cuidado objetivo, de modo que o injusto abarca um desvalor da ação e do resultado. De acordo com o raciocínio explicitado, se à fundamentação do injusto é essencial ter-se em conta um desvalor da ação e do resultado, para a existência de uma causa de justificação é forçosa a presença dos mesmos requisitos.

20. Por todos, exigindo a vontade de defesa: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. 1, p. 432. No Brasil: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269; JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 363 e PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 394.

21. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. chilena de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 70.

O argumento naufraga quando de uma análise detida por várias razões. A crítica inaugural acentua a falta de clareza terminológica[22] quanto ao significado subjacente à expressão *vontade de atuar conforme uma causa de justificação*. Ora, se o próprio dolo – enquanto finalidade dirigida à realização de um tipo delitivo – comporta um momento cognitivo e outro volitivo, a referida expressão em nada consegue aclarar seu conteúdo: faz-se necessário um pressuposto intelectivo ou volitivo à justificação? Outro ponto a ser esclarecido pelos defensores da exigência do elemento volitivo, é se essa mesma expressão quer significar uma finalidade de defesa do bem jurídico ou uma motivação adicional.[23] Essa terminologia obscura, apoiada por uma exigência de simetria entre tipo de injusto e causas de justificação, acarreta uma incoerência: se a finalidade, que se reduz ao dolo, é o elemento central do tipo de injusto, outra coisa não deveria ser exigida no âmbito das justificações.

Aduz-se que a finalidade de atuar em amparo de uma causa de justificação se contrapõe à finalidade fundamentadora do injusto, na medida em que no injusto a finalidade compreende apenas o dolo e não outras motivações transcendentes.[24] Cumpre assinalar que o desvalor da ação consiste na realização do tipo de injusto e não em uma específica intenção (*Absicht*), pressupondo assim um maior grau valorativo.[25] Logo, o elemento subjetivo da justificação só pode desempenhar o papel de exclusão desse desvalor da ação da conduta típica e não o de elidir eventuais motivos. Desde uma noção político-criminal, não se compreende o porquê de se exigir um grau de valoração maior do que o dolo das

22. Trapero Barreales, María A. Op. cit., p. 148 e ss.

23. Como salienta Barreales, os autores usam indiscriminadamente expressões como intenção de defesa ou de salvação do bem jurídico; noutras vezes, usa-se o termo vontade de defesa ou de salvação e outros ainda aduzem expressões como o ânimo de defesa. Cf. Trapero Barreales, María A. Trapero. Op. cit., p. 154, notas de rodapé 247, 248 e 249.

24. Valle Muñiz, José Manuel. Op. cit., p. 84 e ss. Segundo o autor, a exigência de uma especial finalidade no sentido de motivo, intenção ou vontade finalista de atuar conforme uma causa de justificação concorrente é dispensável, acolhendo, nesse sentido, as críticas que se fazem ao finalismo, pois, no reconhecimento de um injusto pessoal não afeito ao conceito final de ação, é suficiente estar cônscio da concorrência dos pressupostos justificadores para satisfazer o requisito subjetivo das causas de justificação.

25. Valle Muñiz, José Manuel. Op. cit., p. 72 e ss.

circunstâncias justificantes.[26] Ademais, à luz de considerações prático-processuais, torna-se mesmo bastante difícil detectar a concorrência desse ânimo *in concreto*.

Sob outro ângulo, a pretensão de congruência dos elementos subjetivos teria problemas para ajustar-se aos modelos da culpa consciente e inconsciente, esbarrando nos mesmos entraves que o finalismo sempre encontrou no âmbito da imprudência. Caso seja preciso um motivo ou propósito adicional, como seria possível suprir a necessidade de simetria nas condutas culposas que, por definição, não se dirigem a um resultado lesivo, mas derivam de uma inobservância do dever de cuidado, conforme o arquétipo finalista?

Objeta-se, finalmente, que a inclusão de elementos de ânimo enquanto fundamentação de uma causa justificante configura uma inadmissível moralização do Direito ou, noutros termos, um direito penal de atitude interna, de valores do sentir (*Gesinnungstrafrecht*). Ao se levarem em conta os fins do direito penal, tampouco estar-se-ia livre de críticas. A exigência do elemento volitivo, consistente na materialização de uma finalidade ou motivo concorrentes, fulmina a noção de Estado Democrático de Direito em que a pena não se alicerça em atitudes internas do sujeito, uma vez que o Direito Penal não pretende retribuir tais propósitos íntimos do cidadão, mas proteger os bens jurídicos mais relevantes por meio de sua função preventiva.[27]

A esta altura, importa sublinhar que a presença de elementos subjetivos nas causas de justificação não se deve às estruturas lógico-objetivas welzelianas, mas encontra respaldo em considerações de teor jurídico e radica na essência do injusto, conforme crítica certeira de Frisch.[28] Não se combate o fato de que o Direito só pode proibir ações humanas e não a mera causação de um resultado; contudo, essa máxima finalista não é capaz de explicar o porquê da conduta humana ser relevante ao juízo de antijuridicidade. Tal explicação dependerá, porém, da orientação teleológica acolhida.[29]

26. Nesse sentido, Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*... cit., § 14, n. 96, p. 598.
27. Nesse sentido, Valle Muñiz, José Manuel. Op. cit., p. 83 ss.
28. Vide Sanz Morán, Angel. *Los elementos subjetivos de justificación*... cit., p. 21-22.
29. Idem, p. 4.

Sob uma perspectiva interna – restringindo esta análise aos contornos da legítima defesa – problemático seria o argumento da adoção do finalismo pelo legislador. De início, o Código Penal pátrio em seu art. 25 não faz qualquer referência à obrigação de um *animus defendendi*. Aliás, sob o ponto de vista histórico, a redação do mencionado dispositivo, quando de sua feitura, decerto não recebeu influxos do finalismo. Corresponde, entretanto, à orientação causalista em voga à época, uma vez que o teor do antigo art. 21, de 1940, é repetido no texto do artigo atual. Ademais, na ausência dos pressupostos subjetivos no contexto da legítima defesa, como abordar o problema da tentativa inidônea face ao art. 17 de nosso estatuto criminal?[30] Questões como essa não costumam ser alvo do interesse doutrinário brasileiro, que parece apenas reproduzir nos manuais a exigência do ânimo de defesa sem indagar dos efeitos imediatos desse posicionamento.[31] É de se observar, à guisa de conclusão, que a suposta imprescindibilidade de elementos de ânimo, longe de assegurar um núcleo de liberdade a quem atua conforme uma causa de justificação, encurta o campo desse exercício.

2.2.3 *Finalismo e concurso de agentes*

Não raro, encontram-se entendimentos no sentido de um irretorquível influxo finalista na teoria do concurso de pessoas no que diz respeito à redação do art. 29 do CP brasileiro.[32] O *caput* "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", pouco esclarece acerca de eventual influência finalista. Pelo contrário. O trecho inicial já constava do Código de 1940 e, conforme é cediço, aponta para a teoria extensiva de autor, afastando-se da orientação de codificações anteriores que distinguiam autoria e participação.[33] Sua parte final, insculpida por ocasião da

30. Ao contrário do Código alemão, que pune a tentativa inidônea (StGB §§ 22 e 23 III), o citado dispositivo do Código pátrio não pune a tentativa quando é impossível a consumação por absoluta inidoneidade do meio ou impropriedade do objeto.

31. Por todos, Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral* cit., p. 269.

32. Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. A metodologia ontoaxiológica e o sentido social cit.

33. Tinoco, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil annotado. História do Direito Brasileiro 1*. Brasília: Senado, Conselho

reforma de 1984, além de ser inócua, não inova em matéria de autoria ou participação, mas tão-só acentua o caráter individual da medida da responsabilidade do agente.[34]

Do mesmo modo, a inserção dos subseqüentes parágrafos não fundamenta a mencionada influência, uma vez que a participação de menor importância, simples atenuante na sistemática do Código Penal de 1940 (art. 48, II), converteu-se em minorante, causa geral de diminuição da pena (art. 29, § 1.°, CP), capaz de levar a pena aplicada abaixo do patamar mínimo sem violar a Súmula 231 do STJ. Por seu turno, a hipótese de cooperação dolosamente distinta do § 2.° nada mais fez do

Editorial, maio 2003, p. 19 e ss. "Art. 4.° São criminosos, como autores, os que commeterem, constrangerem ou mandarem alguem commetter crimes; Art. 5.° São criminosos, como complices, todos os mais que directamente concorrem para se commetter crimes; Art. 6.° Serão tambem considerados complices: § 1.° Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem os receberam, ou compraram; § 2.° Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter crimes" (mantivemos a grafia original). SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. História do direito brasileiro 6*. Ed. fac. sím. Brasília: Senado, STJ, jan. 2004, p. 42, manteve a distinção, conforme se depreende de seu art. 17: "Os agentes do crime são autores ou cúmplices."

34. Nesse sentido a crítica de: CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de direito penal, parte geral*... cit., p. 156 (item 10 [Do concurso de pessoas] do cap. XI [O crime na nova parte geral do Código Penal]), p. 254 (parte II [O concurso de pessoas] do capítulo XVI [O erro de direito e o concurso de pessoas, na nova parte geral do Código Penal]) e p. 269 ("observação" [nota posterior à primeira publicação avulsa do texto] n. 6, cap. XVI). Expressamente nas p. 271-272: "Mas com pensamento fundado na objetividade e não na ideologia finalista, onde encontrar seguro apoio para dizer que a nova Parte Geral do Código Penal fundamenta-se no finalismo? Que a teoria finalista trouxe notáveis contribuições para a doutrina, e, por via indireta, também para a prática, é incontestável. Contribuir, porém, para algumas coisas, não é tornar-se a essência dessas coisas. E se o próprio Maurach, cuja doutrina funda-se numa lei que distingue entre autores e autores, e é um adepto da teoria finalista da culpabilidade, diz que o § 50, 1, hoje § 29, do Código alemão empregou, nos textos modificados, o termo culpabilidade com grande ousadia, que se pode dizer do art. 29 da nova Parte Geral do Código Penal, que não distingue entre autores, instigadores e cúmplices, como faz o Código Penal alemão?"

que se adequar aos imperativos do princípio da culpabilidade, consoante o escólio de Batista em obra consagrada sobre o tema.[35]

Em suma, a reforma limitou-se a admitir certa distinção quanto à punibilidade de autores e partícipes, sem esboçar um avanço maior na matéria. Cabe lembrar que a reforma da parte geral continuou tratando autoria e participação como um problema de aplicação de pena, e não de tipo. Além disso, também sob esse aspecto parece ilógico defender qualquer traço finalista, pois uma tese fundamental desse sistema é distinguir entre autor e partícipe já no plano do tipo: autor é quem possui o domínio finalista do fato e, consciente do fim, configura-o em sua existência e forma de ser.[36] Por sua vez, o partícipe domina apenas a sua participação, mas não o fato em si, existindo somente se sua atividade estiver ligada a uma conduta típica e dolosa principal.

2.3 Conclusão intermediária

O exame pormenorizado dos argumentos da doutrina pátria demonstra que nenhum deles convence. Nesta sede, cumpre voltar-se a duas questões de caráter mais geral.

A primeira delas é indagar se códigos adotam uma teoria quando de sua feitura e, em especial, se o Código Penal brasileiro adotou alguma. Sob pena de se incorrer em certa precipitação e à luz de uma observação percuciente, restam mais dúvidas do que certezas quanto à referida perfilhação. Em verdade, o Código Penal é um instrumento elaborado a fim de solucionar casos concretos que se afiguram ao intérprete, podendo ou não se compatibilizar, em certa medida, com certo sistema ou doutrina. Temerário seria vincular toda uma codificação a um único raciocínio sem perscrutar de suas eventuais falhas e do óbice que uma suposta adoção significaria para ulteriores progressos. Não menos relevante seria descobrir a qual finalismo o diploma criminal brasileiro, em tese, se afiliou, já que desde as suas raízes, concebidas por Welzel, o sistema em comento sofreu modificações importantes, variando do ultra-subje-

35. Batista, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25.

36. Welzel, Hans. *Derecho penal: parte general*... cit., § 15, p. 104 e ss.

tivismo de Armin Kaufmann e Zielinski[37] a formulações estruturadas conforme uma noção um pouco mais distante dos moldes welzelianos, como é possível depreender em Stratenwerth, Maurach e Cerezo Mir.[38]

Impende salientar outro aspecto inconciliável com a hipótese de perfilhação do finalismo pelo Código Penal: como é possível coadunar um sistema que apregoa a vinculação do legislador às estruturas lógico-reais prévias, numa patente visão supra-positiva, sob o argumento de que a lei o adotou como orientação?

2.4 *Do suposto resguardo às garantias individuais pelo finalismo*

Vozes respeitáveis vão ao extremo de concluir que o finalismo é o único sistema ou o mais adequado a assegurar as liberdades e garantias individuais.[39] A construção de Welzel[40] propõe uma união indissolúvel

37. Mesmo Zielinski, para quem o injusto além de se circunscrever ao desvalor da ação – sendo o resultado mera condição objetiva de punibilidade – seria alicerçado sob as bases da tentativa inidônea, discorda de Welzel em um ponto: a premissa das estruturas lógico-reais não podem vincular o legislador, pois inexiste conceito prévio de ação. Segundo o autor, não há critério material capaz de estabelecer em que medida devem ser incluídas na conexão final as relações de valor correspondentes a uma conduta no âmbito social, *Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto de ilícito*, tradução castelhana de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 105.

38. Para Cerezo Mir, por exemplo, a inclusão do dolo no tipo de injusto não deriva obrigatoriamente da vinculação do Direito Penal às estruturas lógico-objetivas. Segundo o jurista espanhol – que adere à tese de Stratenwerth –, as estruturas lógico-reais só vinculam o legislador a partir do momento em que este decide tratar o ser humano como pessoa. Deste modo, o conteúdo da vontade de realização deve ser necessariamente objeto de uma valoração jurídica. *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 56 e ss. Para essas distinções vide também: Cf. Greco, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito cit., p. 120-163 e Welzel, Hans. *El nuevo sistema* ... cit., p. 32, n. 3.

39. Por todos, Prado, Luiz Regis; Carvalho, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social cit.

40. Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho – derecho natural y justicia material*... cit.,, p. 323-324. Para Welzel, a existência de um dever-ser transcendente à existência e vinculante é o pressuposto de possibilidade de uma existência humana dotada de sentido. Por outro lado, a liberdade configura um ato de liberação da coação causal que os impulsos exercem

entre o conceito de pessoa e dever, constituindo uma idéia de pessoa responsável, sobre a qual o poder punitivo poderá atuar face à exigência do cumprimento de um programa com vistas à consecução de determinados valores ético-sociais. O ente humano, pois, deve orientar seu comportamento de acordo com esses valores, vigentes em dada sociedade e em certo momento histórico.

Esse raciocínio é criticável, na medida em que "sendo imanente à consciência de cada pessoa a obediência a um dever geral de respeito a esses valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, não havendo necessidade – talvez, apenas uma necessidade retórica – de identificar os dados materiais do objeto de proteção, veiculados como bens jurídicos".[41] Mesmo em se admitindo que Welzel intentava extirpar qualquer resolução arbitrária de seu sistema, é possível perceber que a noção de valores ético-sociais permite uma interpretação por demais insegura, culminando num conceito muito vago, permeável a ideologias várias. Evidente é o fato de uma ordem social juridicamente protegida conter diversos estratos de distintas hegemonia e preponderância, aspectos esses que, sem dúvida, não serão ignorados quando da seleção dos valores que devem ou não reger aquela ordem jurídica em particular. O ideário eticizante do finalismo parece pretender uma realidade inequívoca, o que, com efeito, não logra um substrato convincente.

As incongruências não cessam no âmbito da fundamentação filosófica. Ao revés, propalam-se para a esfera das categorias principais do delito com implicações práticas relevantes. Nesse sentido, urge relembrar a autêntica culpabilidade pela conduta de vida welzeniana, apoiada no aspecto caracteriológico.[42] Desse modo, basta que o *eu*, em virtude de estímulos ou motivos de diferentes origens e intensidades, manifeste um comportamento não adequado aos cânones ético-sociais predominantes naquele momento para que se opere uma reprovação pela má formação

sobre o homem, para que, então, o mesmo possa autodeterminar-se conforme o sentido. A culpabilidade fundamenta-se nesse contexto: culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme o sentido num sujeito que era capaz de exercer tal autodeterminação. Nesse sentido, SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 49 e ss.

41. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*... cit., p. 193.

42. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*... cit., p. 156-157.

do caráter.[43] Mais uma vez elementos morais, de questionável acerto, imiscuem-se na estrutura do delito, colocando em xeque o princípio da legalidade e a própria noção de responsabilidade penal pelo fato.

Filha do finalismo é a idéia de adequação social, acolhida por boa parte da doutrina pátria,[44] embora hoje seja considerada um mero princípio interpretativo geral.[45] Apesar de o princípio partir de um núcleo acertado, seu desenvolvimento não logrou delimitar de modo seguro quais os comportamentos obedecem ao perfil do socialmente adequado, consoante os valores vigentes em determinado lugar e momento histórico. Prova disso é o fato de seu criador titubear quanto às suas conseqüências práticas (exclusão do tipo ou da antijuridicidade) e, sobretudo, quanto ao seu alcance.[46] Ressalvados os debates sobre sua abrangência, o certo é que a adequação social esbarra numa imprecisão de conteúdo,[47]

43. Expressamente: "En cambio, tan pronto como los actos de dirección adecuados al sentido del *centro del yo* (del pensar y del querer dirigidos por el sentido) intervienen, los instintos son ya entendidos en su contenido de sentido y su significación de valor, para una correcta formación de vida y, correspondientemente a este contenido de sentido, son convertidos en motivos sobre los que la decisión de voluntad se apoya, como sobre sus fundamentos materiales (lógicos o adecuados al valor)". V. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*... cit., p. 156.

44. Na maioria dos manuais brasileiros o princípio ainda figura ao lado de outros, como legalidade e culpabilidade. Por todos. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral* cit.

45. Consoante informa Cancio Meliá, o próprio Welzel, mais tarde, considera a adequação social um mero princípio geral de interpretação (*Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969, p. 58 apud CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. fasc. 2. Madrid: Ministerio de Justicia, mayo-ago. 1993, t. XLVI, p. 713, n. 64.

46. Conforme assevera a exposição de Cancio Meliá na obra citada acima, em sua concepção inaugural, Welzel situava a adequação social na esfera do tipo. Posteriormente, passou a tratá-la como causa de justificação consuetudinária. Numa terceira fase, voltou a posicioná-la no tipo. Da 4.ª a 8.ª edição de seu manual *Das deutsche Strafrecht*, respectivamente, Berlin, 1954 e 1963 (trad. castelhana da 11. ed. [1969] de Bustos Ramirez e Yarez Perez, Santiago de Chile, 1976).

47. Nesse particular, assiste razão a Luís Greco: a principal falha da adequação social é não explicitar desde logo se se trata de um conceito sociológico-descritivo (o que, de fato, ocorre naquela sociedade) ou de matiz ético-normativo (atendendo às exigências do dever-ser). Contudo, um eventual

incapaz de por si só evitar o influxo ideológico tão combatido em sede finalista.

Por fim, não é ocioso recordar: o esforço ultra-subjetivo de setores finalistas em tomar como base dogmática a figura da tentativa inidônea[48] produziu algumas conseqüências aberrantes, como aquela que reputa a tentativa supersticiosa um injusto não punível apenas por considerações de oportunidade, e não de princípio em si. Vê-se, deste modo, o quão porosos são os argumentos finalistas concernentes à salvaguarda de direitos e garantias.

3. Um excurso pós-finalista: quebrando paradigmas

Em geral, a doutrina brasileira continua afeita ao finalismo, assumindo uma postura consistente num misto de desorientação, espanto e rejeição precoce quanto a novas correntes de pensamento. É neste cenário que se inserem as teorias funcionalistas e a própria moderna teoria da imputação objetiva, bastante rechaçada e, por vezes, mal compreendida entre nós. Este trabalho, ciente da profundidade que o tema merece, ficará adstrito à contra-crítica de alguns pontos importantes a fim de retirar uma aura de perigo e estupefação em torno das citadas concepções.

3.1 Teorias funcionais

Preliminarmente, urge operar uma distinção[49] – para que seja possível compreender os aspectos básicos, as nuanças de cada entendi-

esclarecimento ainda enfrentaria duas dificuldades: a primeira acepção é inaceitável, pois significaria acolher como adequadas certas condutas evidentemente ofensivas ao Direito, pelo simples fato de serem corriqueiras no meio social. O viés ético-normativo, por seu turno, careceria de uma delimitação que o milenar debate filosófico não logrou estabelecer sem alguma controvérsia. V. Greco, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23.

48. Por todos, Zielinski, Diethart. Op. cit., p. 105.

49. Não raro a crítica parece confundir ou não mencionar o fato de que o funcionalismo de Jakobs, de viés sistêmico, difere da orientação teleológico-normativa de Roxin. Também com certa frequência, e de maneira errônea, afirma-se que o sistema roxiniano é alicerçado na teoria sistêmica norte-americana de Parsons e Merton, muito embora inexista qualquer referência na obra do professor de Munique no sentido dessa aproximação sociológica.

mento e, por fim, proceder a críticas embasadas – entre as concepções funcionalistas recentes.[50] Dos modelos que lograram alcançar maior destaque no debate acadêmico, figuram o funcionalismo sistêmico de Jakobs e o de Roxin, com perfil menos ortodoxo e vocação teleológica.

A vertente funcional-sistêmica enxerga na manutenção e na garantia da identidade normativa da sociedade[51] a finalidade precípua do direito penal, evidenciando seu caráter autopoiético.[52] E o que isso quer signi-

(Visualizando essa relação, aqui combatida, por exemplo, ZAFFARONI, E. R. em *Derecho penal. Parte general* cit., p. 385). Curiosamente, quem se inspira em Parsons para negar qualquer relevância ao bem jurídico e constituir um sistema baseado na estrita danosidade social é Amelung, aluno de Roxin, que pelo mestre é criticado nesse aspecto. Vide *Derecho penal: parte general. Fundamentos de la estructura del delito* cit., § 2.°, n. 33, p. 68.

50. Fora da Alemanha, é possível, dentre outros, citar: MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito* cit.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, t. I.

51. Conforme Jakobs, "La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. (...) el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad." *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá e Feijoó Sánchez. Madrid: Cuardernos Civitas, 1996, p. 18-19.

52. Autopoiese quer dizer autoprodução. A palavra quer definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos. Esses sistemas são autopoiéticos por definição, porque recompõem continuamente os seus componentes desgastados. Pode-se concluir, portanto, que um sistema autopoiético é ao mesmo tempo produtor e produto. Cf. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 57.

ficar? Numa referência à teoria dos papéis,[53] Jakobs idealiza um sistema de organização social baseado no cumprimento de um conjunto normativo que, ao mesmo tempo, assegura o seu caráter estável e permite a satisfação do feixe de expectativas geradas pelo papel desempenhado por cada um. Nesse contexto, duas são as espécies de expectativas. Em relação às expectativas cognitivas,[54] o indivíduo adapta-se à realidade que o circunda. Por outro lado – e aqui eis o alvo de nosso interesse –, as expectativas normativas estabelecem-se contrafaticamente, isto é, conservam-se apesar de eventual violação de seu conteúdo. Uma vez defraudada a expectativa normativa, cria-se uma decepção que deverá ser processada, sob pena de se infirmar a estabilidade do sistema. Esse processamento se realiza, dentre outras maneiras, mediante a sanção, revitalizadora da expectativa contida na norma.[55] O direito funciona como instrumento de seleção de expectativas de comportamento em dimensões sociais, temporais e práticas. Logo, a reprodução de uma convivência estável depende da realização desses papéis, o que se traduz num controle social exercido pela norma jurídica no conjunto de seus imperativos e proibições. Conceitua-se o direito, portanto, como "estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".[56]

53. Jakobs baseia-se em Niklas Luhmann, que esclarece: "a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática (...) e podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativa" *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116. A influência das idéias luhmiannas na teoria de Jakobs ficam especialmente nítidas nesse trecho: "Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible". JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* cit., p. 50-51.

54. Segundo assevera Luhmann, "Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride." Cf. LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 53.

55. Idem, p. 66-73.

56. Idem, p. 121.

O funcionalismo sistêmico é criticável em muitos aspectos, dentre os quais é possível salientar: (a) o conceito sociológico de *papel* – que de forma indevida se imiscui na órbita do juridicamente relevante – reduz o fenômeno jurídico à sua faceta puramente sociológica; (b) a manutenção da identidade normativa não nos parece fundamento suficiente para assegurar o respeito às garantias fundamentais. Com efeito, esse controle social dos papéis com vistas à estabilidade não pode ser mais importante do que a salvaguarda de um núcleo inatacável de dignidade humana;[57] (c) um sistema baseado em expectativas normativas, apesar de sua coerência interna, não possui concreção exata, sendo difícil enxergar a satisfação plena desses papéis esperados que, em regra, valem para um todo unitário. Um sistema assim estruturado ignora o caráter fragmentário que permeia todo um meio social em diferentes graus de intensidade; (d) por fim, mas longe de esgotar o tema, se a compreensão aqui esposada é correta, a concepção sistêmica conduz a uma intolerável *instrumentalização* do ente humano, reduzindo-o a um mero executor de papéis, isto é, a um meio para a consecução de uma discutível estabilidade.[58] Tal postura é inadmissível para qualquer um que se proponha a discutir caminhos racionais para a contenção do poder punitivo. Jakobs assenta as bases de um sistema refinado sob o ponto de vista lógico, apesar de criticável nos aspectos assinalados e em outros. A título complementar, especial furor ainda gera o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que prevê, dentre outras medidas, a antecipação da tutela penal, a supressão ou redução de direitos e garantias individuais e o recrudescimento das penas para aqueles indivíduos cuja capacidade cognitiva não ofereça segurança de fidelidade à norma: os inimigos do Direito.[59]

57. Cf. Greco, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*... cit., p. 39.

58. A proposta examinada neste tópico fulmina o segundo imperativo categórico kantiano: "Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na dos demais, sempre como fim, nunca simplesmente como meio." Cf. Kant, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, *Os pensadores – Kant (II)*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-135.

59. Vide Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 294 ss. Em 1985, quando Jakobs apresentou a famigerada expressão, o tema repercutiu em toda comunidade acadêmica. A despeito de uma certa dificuldade inicial gerada pela terminologia nem sempre clara exposta pelo autor, atualmente, Jakobs acentua que a diferença entre o direito penal do

Numa mudança de paradigmas, Roxin desafia a máxima de Liszt para propor uma aproximação entre dogmática e política-criminal.[60] Trata-se de um sistema orientado a valores, o que diferente do suscitado por seus críticos, não conduz ao arbítrio, uma vez que se nutre de premissas constitucionalmente assentadas. Noutras palavras, opera-se verdadeira funcionalização das categorias do delito, de modo que cada qual logre realizar uma meta político-criminal – não é demais repetir – adstrita à Carta Maior.

A esta altura, o leitor deve indagar a si mesmo acerca dos efeitos ou vantagens práticas que o pensamento aqui albergado pode oferecer. Afinal, o que há de tão distinto e precioso nessa concepção? Que consequências positivas dela podem advir? Qual é o ganho real que ela oferta? Para responder essas questões (e outras), é conveniente expor as principais críticas e refutar seus erros, o que, ao final, atingirá o objetivo pretendido.

A primeira crítica dirige-se ao suposto perigo e insegurança suscitados por uma orientação teleológica, cuja nota distintiva seria o intenso diálogo com a política-criminal. Costuma-se dizer que ao se inserirem aspectos político-criminais, o intérprete teria um poder demasiado amplo em suas mãos, deixando uma porta aberta para o arbítrio. Conforme restou visível linhas acima, tampouco o finalismo, calcado em estruturas lógico-reais logrou fazer jus ao *status* de *baluarte* das garantias individuais. O fenômeno jurídico em sua riqueza multifária não está isento

inimigo e do cidadão se dá conforme um caráter meramente descritivo, e não crítico. Certo é que, apesar da euforia suscitada pela polêmica em si, a proliferação do *Feindstrafrecht*, enquanto conteúdo e terminologia, não logra ser útil em razão de sua patente incompatibilidade com uma dogmática que procura assegurar direitos e garantias individuais. Para melhor compreensão do tema, vejam-se: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas – Thomson-Civitas, 2003. Para uma crítica pertinente: GRACIA MARTIN, Luis; Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-02/02:1-02:43, 2005, Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em: 08.10.2007 e GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos* 7, ano 6, dez. 2005.

60. Vide ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Trad e introd. Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi – José Luis Depalma Editor, 2000. vol. 2, p. 31. Colleción claves del derecho penal.

de riscos. A evolução do Direito e a consecução de suas finalidades compõem um só itinerário indissociável da própria existência humana.

Elucidado esse ponto, cumpre retomar a contra-crítica. De início, resta óbvio que política criminal dogmática e legislativa não partilham da mesma competência, de modo que não se cogita da usurpação de funções entre legislador e juiz, sob pena de se descurar da própria noção material de Constituição. Em segundo lugar, não procede a idéia de que o legislador tem em suas mãos um ilimitado poder, pois (a) o mesmo tem sua atuação circunscrita ao disposto constitucionalmente, isto é, limitada às decisões valorativas fundamentais positivadas; (b) a figura quase mítica do legislador por maior esforço despendido, não é capaz de prever as implicações da norma, seu âmbito de atuação e, nem mesmo, a interpretação mais adequada à realidade; (c) é missão do saber penal, informado por dados empíricos, atuar nesta lacuna que os princípios constitucionais reguladores – apesar de constituírem importante premissa – são incapazes de suprir, competindo à dogmática concretizar tais orientações.

Outra objeção comum é a de que a desconsideração de dados empíricos é traço revelador do fracasso da idéia aqui sustentada.[61] Ledo engano. Segundo a advertência preliminar deste tópico, não há porque confundir as diversas concepções pós-finalistas. Roxin em nenhum instante ignora dados da realidade. Ao revés, serve-se da realidade empírica na medida em que esta se revela precípua ao cumprimento das designações político-criminais alicerçadas na Constituição.[62] Essa atitude não só reconhece a relevância de dados empíricos a qualquer sistema de estruturação do delito, bem como estimula a apreciação da variada ordem de fenômenos que circundam a esfera do Direito e, por vezes, nele se descortinam. Destarte, os reducionismos são evitados e, em contrapartida, promove-se um sistema aberto a críticas, revisões e aperfeiçoamentos. Ressalte-se que a finalidade não precisa e nem deve

61. Nesse sentido, PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social cit.

62. A afirmação de que um sistema funcional-teleológico prescinde de dados empíricos é errônea. Roxin por exemplo, ao contrário do que assevera a crítica precipitada, defende amplamente a inserção de dados da realidade na sistemática e dogmática penal. Opõe-se, contudo, ao modo pelo qual o finalismo pretende promover essa introdução, isto é, valendo-se das chamadas estruturas lógico-objetivas que vinculam o legislador. Vide ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*... cit., p. 57.

ser suprimida. Sublinha-se, apenas, seu conteúdo nem sempre decisivo na construção da dogmática penal e, de plano, rejeita-se a proposta de vinculação absoluta ou relativa do legislador a categorias ônticas que, sequer, conseguiu uma congruência sistemática conforme a leitura atenta dos argumentos até aqui percorridos.

3.2 *A moderna teoria da imputação objetiva*

Na esteira da idéia de imputação revigorada por Roxin há mais de três décadas,[63] surge a moderna teoria da imputação objetiva, amplamente discutida na doutrina mundial. Em suas linhas mestras, a teoria da imputação objetiva consubstancia três critérios básicos,[64] os quais servem apenas como um ponto de orientação a ser preenchido pelo influxo de outras sub-concretizações. Noutras palavras, o tipo objetivo, que nos moldes finalistas circunscreve-se à lesão de um bem jurídico, é enriquecido:[65] além do nexo de causalidade, figuram também as elementares da criação de um risco não permitido ou desaprovado juridicamente e da realização desse risco no resultado. Apura-se, por fim, se esse risco realizado no resultado concreto está dentro do alcance do tipo penal. O

63. A moderna teoria da imputação objetiva renasce das idéias *precursoras* de Larenz e, sobretudo, Honig, a quem Roxin rende homenagem em seus *Problemas fundamentais de direito penal*... cit., IV – Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal, p. 145 e ss. (Publicado pela primeira vez em *Festschrift für M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 133 e ss.). Sublinhe-se que a moderna teoria da imputação objetiva, apesar de ressurgir das concepções anteriores, apresenta diretrizes diversas, conforme será desenvolvido nesse tópico.

64. A rigor, a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização deste no resultado são os dois critérios geralmente aduzidos. O chamado alcance típico é uma peculiaridade do sistema de Roxin para aqueles casos em que outras pessoas, além do próprio autor, colaboram para um resultado típico, conforme acentua Luís Greco. Cf. Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*...cit., p. 116.

65. De certo modo reconhece Hirsch uma deficiência do finalismo, uma vez que o tipo objetivo final continua a ser a mera causação de dano ao bem jurídico: "La teoría de la imputación objetiva tiene el mérito de haber llamado la atención acerca de que la limitación subjetiva practicada por la teoría del injusto personal al concepto de tipo penal tan abierto del causalismo era insuficiente y que se requerían también restricciones en el aspecto objetivo". Cf. Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal – obras completas*. Rubinzal-Culzoni, Libro Homenaje, t. I, p. 62, IV.

desvalor da ação – outrora identificado na finalidade – adquire feições objetivas por meio da criação do risco juridicamente não permitido. Todavia, não será suficiente ao desvalor do resultado a mera causação de dano ao bem jurídico, porquanto esse desvalor dependerá da materialização daquele risco proibido no resultado e, mesmo admitida essa hipótese, necessário será perquirir se o resultado concreto situa-se dentro do alcance típico. No intuito de averiguar o preenchimento e alcance desses critérios, outros, mais específicos, exercem a tarefa de concretizar a imputação ou tratar de recusá-la.[66] Superada essa síntese, cumpre esclarecer o teor e desacerto de algumas críticas.

De imediato, não assiste razão àqueles que procuram esvaziar a relevância da teoria da imputação objetiva quanto aos tipos dolosos, ainda que esta assuma maior relevo na imprudência. Essa primeira objeção perde força pelo fato de a simples referência ao dolo, enquanto finalidade direcionada à realização do tipo delitivo, não ser suficiente para imputar o resultado ao agente como obra sua em todos os casos.[67]

Na esfera do tipo culposo, o critério do risco não permitido e de sua realização no resultado, nada mais faz do que esmiuçar o significado abstrato de "inobservância do dever de cuidado objetivo", utilizando-se de sub-critérios cujos pontos de referência encontram-se, não raro, em normas de segurança positivadas. Mais uma vez, não se trata de promover uma desordem na dogmática da tipicidade,[68] mas delimitar grupos de casos adequados à realidade e aos fins do Direito Penal.

66. Dentre os critérios apontados no âmbito da criação e realização do risco, bem como do alcance do tipo: a prognose póstuma objetiva, a diminuição do risco, o princípio da confiança, a contribuição a uma autocolocação em risco, as contribuições socialmente neutras, a heterocolocação em perigo, entre outros, com maior ou menor adesão da doutrina. Para uma introdução imprescindível ao leitor: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

67. Por exemplo "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". V. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal...*, cit., p. 81.

68. PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *RCP* 3/81-110, ano 2. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

Um exemplo esclarecedor da inaptidão da finalidade como critério indicativo da imputação do resultado é a clássica hipótese do desvio dos cursos causais.[69] Nesses casos, o finalismo pretende achar uma resposta fazendo a atribuição ao dolo depender da previsibilidade de seu desdobramento.[70] Em síntese, o finalismo reconhece a necessidade de se adicionar à causalidade da ação certos requisitos. Esses, porém, revelam matizes subjetivas que se apresentam como precisão do dolo ou enquanto considerações acerca do domínio do fato que compreenderia elementos subjetivos. Eis a *vexata quaestio*: como empreender a demarcação do caráter previsível da conduta sem valer-se do elemento normativo de orientação teleológica? Se na hipótese dos desvios causais o finalismo faz depender a atribuição ao dolo de certa previsibilidade e congruência, cabe indagar se o finalismo, de modo implícito, não reconhece a existência de certos substratos objetivamente indispensáveis.[71] Inexistem dúvidas de que a previsibilidade é um conceito pouco útil ao deslinde da problemática, pois quase tudo o que é possível também é previsível.[72] Portanto, a indagação a respeito da previsibilidade deve dar lugar à outra, a saber: determinado resultado é ou não produto da realização de um risco proibido criado pelo autor? À luz da estrita finalidade não é possível respondê-la de modo satisfatório.[73]

69. Faz-se referência aqui a certos casos ilustrativos do caráter não decisivo da finalidade quando da imputação. A referida essencialidade e dominabilidade nos desvios causais repousam num critério eminentemente objetivo. V. Roxin, Claus. *Estudos de direito penal...* cit., p. 128.

70. Vide: Santos, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 1. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 156.

71. Frisch, Wolfgang et alii. *Sobre el estado de la teoria del delito*. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, 1. ed., 2000, p. 53.

72. Roxin, Claus. *Estudos de direito penal...* cit., p. 136.

73. Reconhece Cerezo Mir, um dos maiores representantes do finalismo hodierno, que a delimitação do dolo em certos casos depende de critérios valorativos, como na determinação da relevância do desvio de cursos causais, do erro sobre a pessoa, sobre o objeto e na execução. V. Cerezo Mir, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *RCP* 00, ano 1. São Paulo: Ed. RT, 2004, Trad. por Luiz Regis Prado. Título Original: Ontologysmo y normativismo nel finalismo de los años 50 (século XX). Também em Obras Completas I: *Derecho penal: parte general...* cit., p. 525: "Creo que el carácter esencial de la desviación del curso causal debe determinarse con arreglo a un criterio objetivo y que este ha de coincidir con el de la imputación objetiva del resultado".

Por derradeiro, incompreensível a assertiva finalista de que a moderna teoria da imputação objetiva não pode prosperar em virtude de sustentar-se em um juízo estritamente objetivo.[74] Essa crítica só teria arrimo sob uma ótica compartimentada, que opta por separar objetivo e subjetivo como se ambos não estivessem interligados.[75] Além disso, também não inspira consistência desqualificá-la mediante o argumento de que, ao incorporar os conhecimentos especiais, a teoria estaria sofrendo uma subjetivização.[76] Ora, conhecimentos especiais do autor não deixam de realizar-se num plano objetivo, bem como o fato da teoria da imputação objetiva admiti-los não a torna errônea. Segundo a lição de Greco,[77] "a inclusão de tais dados subjetivos no juízo de perigo é uma exigência dos mesmos fundamentos que subjazem à idéia de criação de um risco". Esclarece, ainda, que o tipo objetivo não é assim denominado por somente conter dados objetivos, reveladores de uma realidade externa, mas por desempenhar uma função decisiva: demarcar o âmbito de liberdade do agente em relação aos outros.[78] Ademais, a doutrina finalista, diversas vezes, vê-se obrigada a fazer referências a algum aspecto objetivo, de modo que pretender a desqualificação da imputação obje-

74. Para Luiz Regis Prado, "As doutrinas normativistas, por sua vez, partem de um separatismo absolutista entre tipo objetivo e subjetivo. Na constatação do primeiro, parecem prescindir do segundo (...)" Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 72. O primeiro equívoco reside no fato de que Roxin, por exemplo, não defende um normativismo puro, entretanto, permeado de dados empíricos conforme esses sejam necessários a fim de que não se promova um abismo entre Direito e realidade. Por fim, engana-se o referido autor ao dizer que se prescinde de fatores subjetivos quando da análise típica.

75. Nesse sentido também FRISCH, Wolfgang. *Sobre el estado de la teoria del delito*... cit., p. 58.

76. Cf. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 64 e ss. Para esse autor, apenas devem ser incluídos aqueles conhecimentos que integram parte do papel social em que atua o agente, já que fora deste não existe obrigação de adquiri-los. Chega, assim, ao bizarro e conhecido exemplo do camareiro biólogo.

77. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*... cit., p. 29.

78. Idem, p. 30.

tiva com argumentos dessa ordem, evidencia não mais que um esforço crítico estéril.

Este excurso não poderia terminar sem um importante acréscimo. A primeira advertência é no sentido de se ter em mente que a moderna imputação objetiva não é uma teoria pronta e acabada, isenta de revisões e melhorias.[79] Os frutos que decerto poderá render dependerão de um desenvolvimento perene comprometido em concretizar suas linhas mestras, cristalizadas em critérios orientadores, mas não exaustivos. A segunda observação diz respeito ao comum rechaço sofrido no plano interno. Nesse ponto, o art. 13, *caput* e § 1.º, do CP brasileiro não impedem a adoção de uma moderna teoria da imputação objetiva, pois, de início, o citado dispositivo trata só da causalidade e, como vimos, esta não é substituída[80] e nem desaparece com a imputação objetiva. Por outra via, se o § 1.º reconhece a inaptidão da *conditio sine qua non*, e o sistema das concausas também se revela falho[81] e limitado àquelas

79. Entre os outros modelos de imputação objetiva, interessante a construção de Wolfgang Frisch, que defende uma teoria do comportamento típico, sem, contudo, eliminar a imputação objetiva do resultado. Segundo o autor, é necessário operar uma distinção entre dois momentos: inicialmente, verificar quando um comportamento é típico – Frisch utiliza, dentre outros critérios, o princípio da proporcionalidade, com fulcro na idoneidade da proibição penal para proteção de bens jurídicos. Depois, já na esfera do desvalor do resultado, há de se verificar se ele é ou não imputável ao agente. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, 2004, trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Cerrano González de Murillo.

80. O leitor deve se acautelar contra essa afirmativa equivocada encontrada, por exemplo, em obra de Damásio de Jesus. Segundo o autor, a imputação objetiva "pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre conduta e resultado". Cf. JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2007, p. 23. Ainda sobre esse aspecto, relevante frisar que o Código Penal se limita a dizer que a causalidade é condição necessária, contudo, não suficiente à imputação. Em outras palavras, não está vedada a utilização de outros critérios aptos a restringir a demasiada amplitude da teoria da *conditio*.

81. A título ilustrativo, faz-se menção à chamada *cláusula ceteris paribus*, construída por Juarez Tavares – com inspiração no princípio da uniformidade de John Stuart Mill – no intuito de eliminar a imputação do resultado no famoso caso do hemofílico, dentre outros. Cf. TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*... cit., p. 316 e em seu *Teoria do injusto penal*... cit., p. 271 e ss. Mencione-se, ainda, o superior tratamento dado pela moderna teoria da imputação objetiva às diversas soluções formuladas pela doutrina

causas supervenientes relativamente independentes, insta buscar novas perspectivas – personificadas na imputação objetiva – mais aptas a fornecerem argumentos sólidos e justos quando da imputação ao tipo objetivo.[82]

4. Considerações finais

As linhas que se seguiram podem ser resumidas nesses termos:

(a) inexiste qualquer razão convincente para que o legislador, por obrigação, esteja vinculado a estruturas lógico-reais como a da ação e da culpabilidade ao exercer sua atividade regulatória;

(b) o conceito de ação pré-jurídico calcado na finalidade é em parte útil e em parte desnecessário à dogmática, sendo certo que, não raro, é insuficiente enquanto critério apto a solucionar questões pontuais;

(c) é, no mínimo, questionável a pretensão de que o finalismo foi adotado pelo Código Penal, em razão das incoerências lógico-dogmáticas apontadas;

(d) não é verdade que o finalismo seja o único ou o mais apropriado sistema para o resguardo das garantias individuais;

(e) urge discernir as peculiaridades das concepções funcionalistas existentes, acentuando que a idéia defendida nessa sede é de viés teleológico-racional, isto é, orientada segundo os fins do Direito Penal, adstrita aos imperativos constitucionais e afeita ao diálogo concebido político-criminalmente, propiciador de um sistema aberto ao seu próprio aperfeiçoamento;

(f) defender essa perspectiva teleológico-racional não significa assumir uma pura feição normativista e desprezar dados empíricos, mas levá-los em conta na medida de sua funcionalidade;

(g) a moderna teoria da imputação objetiva incrementa o âmbito do tipo objetivo, fazendo incidir uma maior exigência à imputação de um resultado;

(h) a referência às constelações de casos, longe de promover uma confusão dogmática, é um recurso idôneo a concretizar aquilo que há de abstrato na lei e carece de delimitação mais acurada, permitindo apreciar

e jurisprudência brasileiras, conforme demonstra Luís Greco. Cf. Roxin, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*... cit., p. 90-101.

82. Para visualização mais detida, idem, p. 155-178.

cada hipótese de acordo com suas peculiaridades e verter justiça ao caso concreto;

(i) a moderna teoria da imputação objetiva de modo algum substitui ou elimina a causalidade, mas ocupa-se de elaborar critérios regentes de grupos de casos específicos a fim de imputar determinado fato ao agente enquanto obra deste e não produto da mera causalidade ou do acaso.

Referências bibliográficas

Andreucci, Ricardo Antunes. *Culpabilidade e erro. Reforma penal.* São Paulo: Saraiva, 1985.

Batista, Nilo. *Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Beling, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo.* Buenos Aires: El Foro, 2002 (Colección clásicos del derecho).

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral.* 8. ed. São Paulo: Saraiva , 2003.

Cancio Meliá, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc. 2. Madrid: Ministerio de Justicia, mayo-ago. 1993, t. XLVI.

Cerezo Mir, José. *Derecho penal: parte general.* Lima: Ara Editores e São Paulo: Ed. RT, 2007 (Obras completas).

_____. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *RCP* 00, ano 1. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. *Problemas fundamentales del derecho penal.* Madrid: Tecnos, 1982.

Cunha Luna, Everardo da. *Capítulos de direito penal, parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1985.

Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral.* Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, t. I.

Dotti, René Ariel. *Curso de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Cerrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____ et alii. La imputación objetiva: estado de la questión. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. *Sobre el estado de la teoria del delito.* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

Gracia Martin, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-02/02:1-02:43, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em: 08.10.2007.

Greco, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *RBCCrim* 32/120-163. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos* 7, ano 6. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, dez. 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I.

_____. Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums – Über eine vermittelnde Schuldtheorie. *Festschrift für Schroeder*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, Estudios Alemanes, 1992.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas – Thomson-Civitas, 2003.

_____. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

_____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, Paracuellos de Jarama. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

_____. _____. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

_____. *Imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes, Os pensadores – Kant (II)*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994. vol. 1.

MAYRINK DA COSTA, A. *Direito penal, parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 2.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal. Fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

_____. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *RCP* 3/81-110, ano 2. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2005.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____; _____. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. *RT* 839. São Paulo: Ed. RT, set. 2005.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad., introdução e notas de Luis Greco. Barueri: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Trad., notas e introdução por Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

_____. *Derecho penal: parte general. Fundamentos de la estructura del delito*. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Thompson, 1997, t. I.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. vol. 2.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SANZ MORÁN, Angel José. *Los elementos subjetivos de justificación*. Barcelona: J. M. Bosch, 1993.

SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, t. I.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. História do direito brasileiro 6*. Ed. fac. sím. Brasília: Senado, STJ, jan. 2004.

STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. II. Madrid: Ministerio de Justicia, mayo-ago. 1987, t. XL.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Direito penal da negligência – uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil annotado. História do direito brasileiro 1*. Brasília: Senado, Conselho Editorial, maio 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRAPERO BARREALES, Maria A. *Los elementos subjetivos em las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada: Comares, 2000.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. Barcelona: PPU, 1994.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. e notas por Jose Cerezo Mir. Montevidéu-Buenos Aires: B de f, 2004.

_____. *Introducción a la filosofía del derecho – derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen. Buenos Aires: B de f, 2005.

_____. *Derecho penal: parte general*. Trad. chilena de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado em el concepto del ilícito*. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

3
Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho

URS KINDHÄUSER

Profesor Dr. Universidad de Bonn.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O autor[1] traz, no texto, reflexões acerca da culpabilidade, analisando-a sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Relembra decisão do Tribunal Supremo Alemão que aproximou o conceito de culpabilidade à reprovabilidade do agente, caucando-se sob pressupostos antropológicos e metafísicos. Alerta para a importância da decisão mencionada, mas aponta fragilidades a esse entendimento, propondo modelo diverso de atribuição da responsabilidade penal assentado sobre pressupostos normativos. Para tanto, esboça uma breve análise dos conceitos de culpabilidade material e de capacidade de culpabilidade. E detalha, ainda, seu posicionamento de que a culpabilidade jurídico-penal deve ser extraída dos papéis que o sujeito de direito assume em uma sociedade democraticamente constituída: de autor e destinatário da norma jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade – Reprovação do crime – Estado democrático de direito – Culpabilidade material – Capacidade de culpabilidade.

ABSTRACT: The author presents reflections concerning culpability, analyzing it under the scope of the Democratic Rule of Law, bringing to light the decision taken by the German Supreme Court, which brought the concept of culpability close to agent reprovability, based on the anthropological and metaphysical presumption. This paper points to the importance of the decision mentioned but shows the weakness of this understanding, proposing several models of criminal liability attribution based on normative presumptions. For this purpose, it makes a brief analysis of the concepts of material culpability and capacity of culpability. It also shows details regarding its standpoint that the legal-criminal culpability should be extracted from the role that the individual assumes in a society that has been democratically established: by a plaintiff and a addressee of the rule of law.

KEYWORDS: Culpability – Crime punishment – Democratic the rule of law – Material culpability – Capacity of culpability.

1. Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

SUMÁRIO: 1. Acerca del objeto del concepto de culpabilidad – 2. El carácter derrotable de la atribución de culpabilidad – 3. Culpabilidad material – 4. Capacidad de culpabilidad – 5. Observación final.

1. ACERCA DEL OBJETO DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD[2]

1. El año 1952, el Tribunal Supremo Federal alemán, a modo de decisión de principio, llegó a la conclusión de que el error sobre la antijuridicidad de una coacción alcanzaba para excluir la culpabilidad del autor. A modo de fundamentación el tribunal sostuvo lo siguiente, que cito: "La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que él no se haya comportado (...) de modo adecuado a derecho, a pesar que él pudo comportarse (...) de modo adecuado a derecho. La razón interna para el reproche de culpabilidad se encuentra en que el ser humano está provisto de autodeterminación libre, responsable y ética, y por ello es capaz de decidirse a favor del derecho y contra el injusto (...)."[3]

La decisión del Tribunal Supremo Federal es sobre todo interesante por el hecho de que ella formula positivamente el concepto de culpabilidad. El Código Penal alemán no contiene, en cambio, al igual que todos los demás códigos penales que me son conocidos, definición alguna de culpabilidad. Lo único que se halla regulado son los presupuestos bajo los cuales un comportamiento antijurídico no puede imputarse a la culpabilidad del autor, por ejemplo, en caso de falta de capacidad de motivación normativa, o en caso de tratarse de un sujeto menor de catorce años de edad, o en caso de una situación de estado de necesidad exculpante. De conformidad con ello, los tribunales penales sólo examinan si en el caso concreto se hallan satisfechas las condiciones bajo las cuales ha de negarse la culpabilidad del acusado. Ningún tribunal indaga en la pregunta, por el contrario, de si el acusado era también efectivamente capaz de decidirse libremente, y de modo éticamente auto-responsable, a favor del derecho y contra el injusto.

Que los tribunales no se planteen tales preguntas no sólo se explica por el hecho de que no haya posibilidad alguna de una comprobación

2. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 14.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

3. BGHSt 2, 194 (200 s.).

procesal empírica de la capacidad de autodeterminación libre y ética. Antes bien, por encima de esto el tribunal tendría incluso que producir la demonstración de que la norma en cuestión se ajusta de tal modo a exigencias éticas que su quebrantamiento pone de manifiesto una decisión éticamente incorrecta del autor. ¿Cómo podría un juez emitir un tal juicio de modo vinculante?

Finalmente, en la decisión del Tribunal Supremo Federal también es llamativo que el enunciado acerca de la culpabilidad no se halle restringido a los destinatarios del derecho penal alemán, sino que contenga una tesis de antropología general. El ser humano estaría, en tanto ser humano, provisto de autodeterminación libre, responsable y ética, y por ello estaría en posición de decidirse a favor del derecho y contra el injusto.

2. En modo alguno quisiera yo afirmar sin más que esta tesis es falsa. Más bien, pienso que es errado hacer descansar la culpabilidad jurídico-penal en una tesis tal. Pues esta tesis no sólo es altamente controversial tanto filosófica como antropológicamente, sino que ha sido decisivamente puesta en duda por la neurobiología más reciente.

Por esta razón, a la comprensión de la culpabilidad apoyada en asunciones antropológicas y metafísicas, tal como ella se encuentra expresada en la cita al Tribunal Supremo federal, quisiera contraponer un modelo radicalmente distinto de atribución de responsabilidad penal. La culpabilidad jurídico-penal, así quisiera argumentar, se encuentra referida a una praxis social, que en una alta medida descansa en presuposiciones normativas. Por esto, la corrección de la atribución de responsabilidad penal sólo depende de que estas presuposiciones normativas puedan tenerse por justificadas. Dicho de otro modo: la culpabilidad jurídico-penal, en tanto concepto jurídico, ha de fundamentarse jurídicamente. Y tal como lo anuncia ya el título de mi conferencia, quisiera sostener la tesis de que la culpabilidad jurídico-penal se encuentra referida a los roles jurídicamente configurados que el autor asume en una sociedad democráticamente constituida. En el Estado democrático de derecho, la persona de derecho aparece como portadora de dos roles: de una parte, ella se encuentra formalmente sometida a las proposiciones jurídicas de deber y como tal es destinataria potencial de normas jurídicas. Pero de otra, como ciudadano del Estado ella también está habilitada para intervenir públicamente, a través de la manifestación de opiniones, de la emisión del sufragio y demás, en la producción y modificación de normas, perteneciendo así potencialmente al círculo de los autores de

la norma. A partir del juego conjunto de ambos roles, esto es, del rol de destinatario de la norma y del rol de autor de la norma, así quisiera mostrarlo, se dejan determinar más de cerca los conceptos de culpabilidad y de capacidad de culpabilidad.

3. Mi argumentación constará de tres pasos:

Primero quisiera considerar la pregunta acerca del significado de los conceptos con ayuda de los cuales atribuimos responsabilidad tanto cotidiana como jurídicamente.

A continuación me volcaré sobre la culpabilidad jurídico-penal y preguntaré por qué razón podemos reprochar al autor no haberse formado el motivo de seguir la norma.

Finalmente quisiera analizar qué conexión existe entre la capacidad de culpabilidad atribuida al autor de un hecho punible y sus dos roles como autor y destinatario de la norma en una sociedad democráticamente constituida.

2. El carácter derrotable de la atribución de culpabilidad

1. A continuación quisiera analizar los conceptos con los cuales adscribimos responsabilidad por un comportamiento defectuoso. A modo de ilustración quisiera servirme de un ejemplo que ha sido de interés mundial: En el país africano P la mujer casada M es violada. A consecuencia de esto, M es condenada a morir apedreada por haber cometido adulterio.

La condena de M satisface sin más algunos presupuestos de la aplicación del derecho penal: M es condenada a padecer un mal estatalmente irrogado a consecuencia de un suceso antijurídico. Pero aun prescindiendo de la clase particularmente brutal de irrogación de un mal de que se trata, este juicio condenatorio resulta en todo caso rechazable, por no satisfacer una condición esencial de cualquier derecho penal moderno fundado en el reconocimiento de los derechos humanos. Pues el reproche de culpabilidad presupone la asunción de que el autor habría podido evitar el suceso que se le reprocha como injusto. Es evidente que M no se ha comportado de modo responsable en el sentido de este principio de culpabilidad. Pues ya el concepto de "violación" excluye la posibilidad de que la víctima se decidiera por una alternativa de comportamiento conforme a derecho.

Podría objetarse, ahora bien, que si bien M no tuvo la posibilidad de decidirse libremente por una alternativa de comportamiento, esto no

representa particularidad alguna del caso del ejemplo. Cada ser humano estaría causalmente determinado a su comportamiento respectivo, y la posibilidad de una decisión libre no sería más que una ilusión. En esta medida, o bien el derecho penal tendría que abdicar sin más a favor de un sistema terapéutico de prevención de daños, o bien habría que admitir que la culpabilidad sólo sería una ficción necesaria para mantener el orden al interior de un Estado.

2. En esta objeción resulta introducido un concepto de libertad, sin embargo, que quiere decir algo distinto de la libertad que en el caso del ejemplo falta a la víctima. La falta de libertad en el sentido de una violación puede significar que la víctima, siendo atada por ejemplo, ha sido privada de la posibilidad de defenderse, o que ella ha sido amenazada con la irrogación de un mal grave. En tal medida, la libertad que resulta excluida por una coacción significa ausencia de determinados constreñimientos de tipo físico o psíquico.

En la comunicación cotidiana, la atribución de responsabilidad no presupone una libertad frente a cualquiera determinación causal. Esto ya se muestra en el hecho de que la referencia a determinantes causales no especificados no representa una razón que exonere de responsabilidad. Si yo hiciera un regalo a alguien y éste me replicara que él no necesita agradecerme, puesto que yo no he actuado libremente, sino causalmente determinado, ciertamente me enojaría con arreglo a estándares generales de comportamiento. Y este enojo no resulta de la incorrección de la referencia a una determinación causal imprecisa. Yo me enojaría igualmente si el receptor de mi regalo justificase la ausencia de agradecimiento con el hecho de que hoy el cielo está intensamente nublado. Como atribución de responsabilidad por una prestación positivamente valorada, el agradecimiento no hace referencia alguna a procesos causalmente explicables que ocurren en el cerebro del autor del regalo. Y ello está íntimamente relación con el hecho de que explicamos nuestras acciones a través de razones, fines o disposiciones, que como tales son definidos de modo enteramente independiente de determinados procesos cerebrales.

Antes bien: en la comunicación cotidiana, la ausencia de libertad excluyente de la responsabilidad es necesariamente definida sobre la base de determinadas condiciones que son accesibles a la experiencia general. De acuerdo con ello, también los conceptos con los cuales se afirma o niega la causalidad en el contexto de la atribución de responsabilidad se hallan referidos a experiencias psíquicas y físicas conocidas. Si un ladrón me amenaza con una pistola para que así yo le entregue

mi dinero, nosotros asumimos, remitiéndonos al momento de coacción psíquica de la amenaza de un peligro vital, que la entrega del dinero no ha sido expresión de una voluntad libre. Sin embargo, si después declaro que por compasión yo en todo caso habría dado el dinero al extorsionador, entonces la referencia a la voluntad libre sirve como fundamento de la interrupción de la conexión causal entre la amenaza y la entrega del dinero, o más precisamente: de la refutación de la conexión causal entre amenaza y comportamiento de la víctima que es presupuesto de la atribución de una coacción consumada. Pero en tal medida, la indicación de que yo igualmente habría dado el dinero al extorsionador por propia iniciativa libre no quiere decir que mi comportamiento no haya estado causalmente determinado. Lo único que se está diciendo que es que la amenaza de un peligro vital no constituyó una razón relevante para mi actuar.

Sería propio de una comprensión lingüística ingenua asumir que el significado de un concepto necesariamente se encuentre en su uso positivo, el cual sólo se vería excluido a través de la negación respectiva. Pues es igualmente posible que el significado de una expresión precisamente aparezca en su aplicación negativa, la cual resulte excluida a través de la aplicación positiva correspondiente. Y éste es precisamente el caso tratándose del uso ordinario del concepto de libertad. A modo de ejemplo: si digo que me he puesto mi corbata voluntariamente, con ello no pretendo sugerir que me he encontrado en un determinado estado de libertad del cual resulta, de modo causalmente no explicable, que llevo puesta una corbata llamativamente colorida. Lo que pretendo indicar es, antes bien, que llevo puesta esta corbata horrible sin que mi mujer o mi jefe me hayan constreñido a ello bajo amenaza de ponerme en problemas. Lo que así pretendo expresar es que yo soy responsable de llevar puesta la corbata, porque sobre mí no ha sido ejercida presión externa alguna.

En el lenguaje ordinario, el significado del concepto de libertad aparece en el uso de expresiones negativas tales como "no libre", "involuntario", "coaccionado", "constreñido", etc. El uso de las expresiones positivas correspondientes sirve, en cambio, para explicitar que no se han satisfecho los presupuestos de su aplicación negativa, en circunstancias que ello era sin embargo esperable. Pues en el caso normal nadie se pone voluntariamente – es decir: sin coerción externamente motivada – una corbata horrible.

Con ello no pretendo en modo alguno sostener que no pudiera tener sentido plantear la pregunta de si el ser humano es capaz de deci-

siones causalmente libres, a pesar de que en su existencia física se halle sometido a las leyes causales generales. Pero una tal libertad – en el sentido de una exclusión de la explicación causal de decisiones humanas – nada tiene que ver con el concepto de libertad en el contexto de atribuciones sociales de responsabilidad. Ambas representan formas de uso completamente distintas y con ello significados completamente distintos del concepto de libertad.

3. Al uso ordinario del concepto de libertad en el marco de atribuciones de responsabilidad también se ajustan las reglas de la parte general del derecho penal. Ellas sólo enuncian las condiciones bajo las cuales el autor no puede ser considerado como libre para actuar de modo conforme a derecho. A veces ellas no son más que límites rígidos puestos de modo más o menos arbitrario, como es el caso, en el derecho penal alemán, tratándose de la fijación de la edad mínima para la responsabilidad penal en los catorce años. A veces se trata de enfermedades que son reconocidas como impedimentos para una decisión a favor de un comportamiento normativamente adecuado. Y a veces se trata de situaciones, como en el estado de necesidad exculpante, en que en razón de una situación de coerción externa se deja de esperar un comportamiento normativamente adecuado.

Así, el derecho penal, en paralelismo con las atribuciones informales de responsabilidad en la vida cotidiana, parte de la base de la capacidad de motivarse a actuar de modo normativamente adecuado y sólo excepcionalmente, dándose condiciones específicas de ausencia de libertad, niega la atribución de culpabilidad. Lo que entonces cabe plantear es la pregunta de por qué seleccionamos precisamente estas excepciones como tales, y no otras. En particular puede resultar llamativo que ciertas experiencias colectivas – como por ejemplo vivencias de una guerra en la niñez – no sean vistas como razones para la exclusión o siquiera para la atenuación de responsabilidad. O para dar otro ejemplo: bajo el derecho penal alemán resulta exculpado quien por miedo sobrepasa los límites de la permisibilidad de la legítima defensa, no así quien por furia lesiona al agresor de modo más grave que lo necesario para repeler la agresión. Así, el límite entre responsabilidad y exculpación no es fijado descriptiva y absolutamente, sino valorativa y relativamente en atención a determinadas razones. Ciertos motivos descargan de y ciertos motivos gravan con responsabilidad, a pesar de que la presión psíquica sobre el autor pueda ser igualmente intensa.

Consecuentemente, los criterios con arreglo a los cuales introducimos excepciones a la atribución de culpabilidad tienen que mostrar una conexión interna con las razones por las cuales reaccionamos negativamente frente al comportamiento antijurídico del autor. Sólo una vez esclarecido qué constituye el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad, puede esclarecerse también por qué este reproche de culpabilidad decae bajo determinadas condiciones que se apartan del caso normal. Lo que así ha de preguntarse es por qué podemos esperar unos de otro el seguimiento de las normas del derecho penal.

3. Culpabilidad material

1. Las normas son proposiciones de deber, de modo tal que aquel que ha estafado a otro no se ha comportado del modo en que tenía que comportarse con arreglo a la prohibición de la estafa. En lo que sigue no se trata de la contradicción formal entre un comportamiento y una norma. Antes bien, de lo que se trata es de la pregunta de por qué reaccionamos con un mal frente al autor por el hecho de que él no se haya formado el motivo de observar la prohibición de la estafa. ¿Qué déficit de motivación leal a derecho se expresa en el hecho y se reprocha al autor como falla personal?

A primera vista, esta pregunta puede resultar extraña. Pues en particular las normas del derecho penal nuclear – como la prohibición del homicidio, de las lesiones corporales o del hurto – son ventajosas para todos, con lo cual el seguimiento de estas normas parece incluso ir en interés egoísta de cada cual. Pero precisamente esto último no es el caso. Las normas ventajosas para todos son inestables, puesto que es individualmente más ventajoso quebrantarlas que seguirlas. Esta tesis aparentemente paradójica se deja explicar fácilmente:

Toda norma de comportamiento representa una coordinación de determinados intereses contrapuestos. De una parte se encuentra la libertad general de acción del destinatario de la norma, de otra un determinado interés protegido. La norma indica, ahora bien, bajo qué condiciones se ve restringida la libertad general de acción en consideración del interés protegido. Así por ejemplo, la prohibición de la estafa restringe la libertad general de acción en consideración de la protección del patrimonio, proscribiendo dar información falsa a la contraparte de un negocio. Al seguimiento de una norma siempre se anuda una renuncia de libertad. Pero esta renuncia de libertad puede verse compensada por

el hecho de que todos los demás se sometan a la misma restricción de libertad. Así, a condición de que nadie estafe a otro, renuncio entonces a engañar a mi contraparte en un negocio, obteniendo por contrapartida la ventaja de no ser engañado por otros.

Siendo esto así, se me presenta, no obstante, la posibilidad de un beneficio doble. No me someto a restricción de libertad alguna, engañando a mi contraparte en un negocio, sin ser a su vez engañado, pretendiendo así la renuncia de libertad de parte de mi contraparte. Por ello es sin más racional quebrantar una norma que la mayoría de los demás observa. Pero si cada uno actúa así, en la medida en que nadie quiere ser el tonto que se somete a una restricción de libertad para igual resultar perjudicado, entonces fácticamente se viene abajo la coordinación de intereses recíprocamente ventajosa prevista por la norma.

2. El ejemplo muestra que la sola promulgación de una norma ventajosa para todos no basta para asegurar su observancia generalizada. Antes bien, adicionalmente ha de posibilitarse la confianza fácticamente fundada en que la norma efectivamente será seguida por un grupo suficientemente amplio de destinatarios. El sujeto leal a la norma no debe ser gravado con el peligro de salir doblemente perjudicado mientras su quebrantador obtiene un doble beneficio. También las normas ventajosas para todos requieren, por lo mismo, de un sistema coercitivo que asegure su vigencia fáctica y genere al mismo tiempo una confianza general en el seguimiento masivo de la norma.

Pero con ello sólo se ha dicho que el ejercicio de coerción estatal dirigida al aseguramiento de normas ventajosas para todos es necesario y en tal medida legítimo. Aquello sobre lo cual quisiera llamar la atención, sin embargo, es la circunstancia de que esa coerción estatal es necesaria precisamente porque bajo un cálculo de costo-beneficio para el individuo es racional no comportarse de acuerdo con la norma. En el nivel de una consideración puramente utilitaria, el quebrantamiento de la norma no puede ser visto como comportamiento irrazonable. Desde esta perspectiva, el reproche de culpabilidad no tiene por objeto una decisión irracional. Antes bien, la razón por la que reaccionamos negativamente frente al autor por el quebrantamiento de la norma se encuentra precisamente en que éste descansa, en principio, en un cálculo racional con arreglo a fines y no en cambio, por ejemplo, en una debilidad mental necesitada de tratamiento médico. Y en esta medida, en principio tampoco tenemos razones para dudar de la responsabilidad del autor; lo que su hecho muestra, en efecto, es racionalidad.

3. Con ello se plantea nuevamente la pregunta acerca de la razón por la cual reaccionamos negativamente frente al autor por el quebrantamiento de la norma, de modo que con la pena no sólo aplicamos un medio coercitivo, sino que asociamos a ella el reproche de haber fallado el autor como persona de derecho al haberse comportado de un modo condenable.

En un Estado teocrático, por ejemplo, cuyo derecho se entiende como expresión de la voluntad divina, el objeto del reproche de culpabilidad se deja determinar rápidamente; él se encuentra en la contravención pecaminosa del orden divino. Esto presupone, sin embargo, que el autor mismo ve en las normas de este Estado una manifestación de la voluntad divina. De no ser éste el caso, por lo menos desde su perspectiva, el reproche de culpabilidad asociado a la pena será pura violencia. Entonces, la culpabilidad material no será más que una falta de precaución de no dejarse atrapar al quebrantar la norma.

A un sistema tal falta, en consecuencia, un momento específicamente jurídico, a saber, la posibilidad de ser aceptable y vinculante para todos los ciudadanos en virtud de las mismas razones. Un derecho religioso es un derecho instrumentalizado y con ello sólo legítimo para aquel que acepta su origen divino y lo tiene por vinculante. A un tal derecho divino resulta inmanente la infracción del principio de justicia elemental de la igualdad. Un derecho tal no es legítimo en cuanto derecho, aun cuando pueda ser tenido por legítimo en virtud de una creencia religiosa.

Menos crasos, pero igualmente problemáticos son los intentos de entender el derecho como expresión de una moral o cosmovisión absolutamente válida. Respecto de quien no acepta ni tiene por vinculantes las premisas de una tal moral o cosmovisión, la pena es nuda coerción sin que ella pueda representar para él un reproche por una falla personal.

De ello se sigue que el reproche de culpabilidad sólo puede ser entendido como un reproche puramente jurídico. La filosofía de la ilustración resumió esta idea en el sentido de un mandato de neutralidad del derecho. Así, *Immanuel Kant* sostuvo que sólo la legalidad, la conformidad exterior del comportamiento a la ley, puede ser legítimamente exigida mediante coerción.[4] De acuerdo con nuestro entendimiento actual, esto significa lo siguiente: es suficiente que cada uno organice su comportamiento y las consecuencias previstas o previsibles de éste con

4. Metaphysik der Sitten, ed. WEISCHEDEL, Werke, 1975, t. IV, p. 337 ss.

arreglo a la norma. Cuáles sean los motivos por los cuales la norma es seguida, ha de dejarse a la libertad de cada cual. Bajo este presupuesto a un autor no puede reprocharse que él haya podido y tenido que evitar el comportamiento antijurídico en virtud de la corrección sustantiva de la norma. En particular, el derecho referido a la conformidad exterior del comportamiento con la ley no puede legítimamente imponer una determinada motivación religiosa o moral.[5]

No obstante, *Kant* sigue partiendo de la base que la ley ha de merecer su observancia, esto es, que ella ha de ofrecer la posibilidad de ser seguida en virtud de buenas razones.[6] Pero esta tesis ya es problemática: ¿Existen en una sociedad pluralista razones que legitimen una norma de modo generalmente vinculante? ¿No es acaso porque el derecho no puede ofrecer razones que sean generalmente convincentes para sus normas – al menos para todas sus normas –que tiene que dejar a la libertad de cada cual el motivo para su seguimiento? ¿Cómo puede haber culpabilidad material fundada en legitimidad si faltan razones substantivas que puedan motivar a todos al seguimiento de la norma a pesar de que su quebrantamiento puede aparecer como individualmente ventajoso?

Para evitar ser malentendido: La separación de derecho y moral no es en modo alguno una carta blanca para un derecho inmoral. Todo lo contrario: precisamente la separación de derecho y moral hace posible criticar el derecho por razones morales para así impedir que haya derecho que contravenga nuestras exigencias morales. Justamente el derecho penal nuclear contiene prohibiciones que en lo fundamental coinciden con los estándares éticos más apremiantes. Pero entonces, quien comete un hurto quebranta dos normas con presupuestos de legitimación diferentes: la norma del derecho y la norma de la moral. Y por ello el reproche moral ha de fundamentarse de modo distinto al reproche jurídico de culpabilidad.

4. Cuando la comisión de un hecho punible es descrita como un comportamiento racional, con ello se designa una racionalidad instrumental. Por ejemplo: alguien desea para sí un reloj de lujo, sin querer gastar dinero para ello, por lo cual sustrae el reloj de otro. En este caso, el autor se ha ahorrado el trabajo de ganarse el dinero para el reloj, apro-

5. Véase también Klaus Günther, Jahrbuch für Recht und Ethik, 1994, p. 143, 148 s. y passim; Paeffgen en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. ed. 2005, Vor § 32, n. 220.

6. Metaphysik der Sitten, ed. WEISCHEDEL, Werke, 1975, t. IV, p. 325, 509 ss.

vechándose además de la circunstancia de que la mayoría de los demás observa la prohibición del hurto y no sustrae las cosas de él. Bajo estos presupuestos, el autor ha actuado astutamente bajo un puro cálculo de costo-beneficio.

A otra interpretación de la situación llega una teoría de la pena que concibe la racionalidad, en el sentido de *Kant*, como racionalidad de la buena voluntad. Desde esta perspectiva, la voluntad es buena cuando ella se halla referida a su propia generalización. De acuerdo con ello, sería irracional privar a otro de una cosa si el autor a su vez no quiere que todos actúen igual que él. El destinatario de una norma jurídico-penal de comportamiento no es visto, entonces, como alguien motivado por puro autointerés, sino como persona que sigue una auto-legislación racional. Para una persona tal, el principio de iguales derechos de libertad para todos aparece desde el principio como deseado y reconocido.[7] Cuando el autor de un hecho punible quebranta una norma en este sentido ventajosa para todos, él se contradice a sí mismo como ser racional a través de la irracionalidad de su hecho.[8] Así visto, el hecho punible es expresión de una auto-corrupción ética de una persona autónoma en tanto ser racional, igual y libre.

En contra de esta concepción hablan a lo menos dos argumentos de peso: De una parte, ella ignora el mandato de neutralidad del derecho, al exigir que la norma sea seguida en virtud de una autodeterminación racional. De los destinatarios de una norma el derecho sólo exige, empero, que ellos – por cualquiera razón que sea – organicen su comportamiento y las consecuencias previstas o previsibles del mismo de modo exteriormente conforme con la norma.

De otra parte, el quebrantamiento de la norma sólo puede ser entendido como expresión de una autodeterminación irracional si la norma es racional para cada uno de sus destinatarios. En una sociedad pluralista, sin embargo, las normas no descansan en conclusiones racionales coincidentes de todos los ciudadanos, sino que resultan de un proceso

7. Véase Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 128 ss.

8. Véase Köhler, ibidem, p. 29 s.; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, p. 38; véase también *Zaczyk*, ibidem, p. 201: En tanto el autor "se vale de posibilidades de acción que él ha excluido para sí en cuanto ser racional, en igual medida él niega su propia racionalidad".

de formación de opinión al que se pone término mediante una decisión mayoritaria. Por ello, es posible sin más que el individuo no acepte la norma como conforme con su propio juicio racional.

Un ejemplo ilustrativo de esto lo ofrece el siguiente caso: dos hermanos, que en su niñez temprana estuvieron separados entre sí, se vuelven a encontrar años después, se enamoran y tienen un hijo. Al saber de su ascendencia común, deciden no obstante mantener su relación. Por ello, son condenados por contravenir la prohibición del incesto del Código Penal alemán.[9] En contra de este procedimiento se interpone una impugnación constitucional. Varios profesores de derecho penal escriben informes en apoyo de esta impugnación. El tribunal constitucional declara la prohibición como conforme a la constitución, recibiendo, empero, una aguda crítica por parte del presidente del tribunal expresada en su voto disidente.

Independientemente de qué posición uno tenga frente a la prohibición del incesto, nadie puede decir que de cara al caso concreto ella cuente como expresión de racionalidad generalmente reconocida y que por lo mismo haya de ser necesariamente seguida por todo sujeto racional. En tal medida, la culpabilidad material de los autores no puede tener como objeto el reproche de que a través del hecho ellos se han corrompido a sí mismos como agentes racionales.

5. En una sociedad pluralista, la racionalidad individual, cabe sostener así, no representa una razón que pueda obligar a cada ciudadano a seguir una norma jurídico-penal de comportamiento. De ello resulta el siguiente dilema: De una parte, ha de observarse el mandato de neutralidad del derecho, que concede a cada ciudadano la libertad de seguir la norma por cualquier motivo que sea. De otra parte, el reproche de culpabilidad ha de legitimarse de modo que el hecho punible se corresponda con una falla personal del autor frente a la cual reaccionamos negativamente.

Este dilema sólo puede resolverse si el ciudadano resulta vinculado a la norma en un modo que trascienda el mero deber-ser, aunque sin exigir su reconocimiento como substantivamente correcta. En otras palabras, el ciudadano tiene que estar vinculado a la norma pudiendo al mismo tiempo rechazarla substantivamente.

Este dilema es consecuencia de que la relación entre la norma y el autor tiende a ser vista como unidimensional. El autor es visto exclusi-

9. § 173 Ap. 2, oración 2 del Código Penal alemán.

vamente como destinatario de la norma, preguntándose en consecuencia qué cualidad ha de tener la norma para que su quebrantamiento pueda justificar el reproche de culpabilidad. Mas una tal cualidad substantiva de la norma, que condujera a la necesidad de su reconocimiento por parte de cada uno de sus destinatarios, no se deja identificar en una sociedad pluralista. Por el contrario: una sociedad moderna y pluralista vive de una auto-comprensión bajo la cual no existe una religión, una moral o una cosmovisión que sea generalmente vinculante. Una sociedad pluralista que exigiera el seguimiento de sus normas en razón de su corrección substantiva sería una contradicción en los términos.

En una sociedad pluralista y democráticamente constituida, las normas representan coordinaciones de intereses que pretenden ser generalmente vinculantes en virtud de su producción conforme a la constitución. Ellas son el resultado de un proceso de entendimiento en que todos los ciudadanos pueden tener participación. En tal medida, el ciudadano individual no sólo es destinatario de tales y cuales normas, sino precisamente alguien que está facultado para tomar posición crítica frente a la coordinación de intereses expresada en la norma y dado el caso también para abogar por su modificación o cancelación.[10] Así, en una sociedad democráticamente constituida, la persona de derecho es definida por referencia a un doble rol, a saber, el de potencial destinatario de la norma, de un lado, y el de interviniente potencial en el establecimiento de la norma, de otro.

Puesto que el procedimiento democrático del establecimiento de la norma no ha de conducir necesariamente a un resultado justo ni ha de tenerse por cerrado para siempre tras la decisión legislativa, sino que concluye a través de una decisión mayoritaria, la norma sólo puede pretender racionalidad provisional. Y adicionalmente, el consenso se encuentra exclusivamente referido al resultado, mas no necesariamente a las razones conducentes a este resultado. Por esto, no puede presuponerse que las razones a favor de la norma hayan convencido a cada ciudadano. En consecuencia, del individuo en su rol de destinatario de

10. Para esto véase también Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, en: Koller et alii (coord.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft 51, 1991, p. 58 ss.; acerca de la necesidad de ver al sujeto de derecho en su doble rol de destinatario y co-portador del ordenamiento jurídico también *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 82 ss.

la norma no puede exigirse una aceptación de la norma como substantivamente correcta y en tal medida como vinculante para él.

6. La relación entre los dos roles que la persona de derecho asume en una sociedad democráticamente constituida requiere una determinación más atenta. Sería ciertamente precipitado inferir de la circunstancia de que una persona puede, como ciudadano del estado, tomar posición públicamente acerca de una norma, que entonces ella ha de seguir la norma por convicción patriótica. Pues esto representaría, una vez más, una infracción del mandato de neutralidad, que deja entregada a la libertad de cada cual la razón por la cual él quiera comportarse de modo normativamente adecuado. Tampoco aquel que aprueba una norma ha de seguirla en virtud de las razones por las cuales ella merece su aprobación. Con mayor razón ha de valer esto para aquel que pertenece a la minoría que rechaza la norma.

La consecuencia del doble rol de la persona de derecho en una sociedad democráticamente constituida se encuentra, antes bien, en que ella, en tanto facultada para tomar posición contra la norma, tiene que articular su protesta como ciudadano del estado. A quien está facultado para presentar razones contra una norma también resulta exigible presentar estas razones para que ellas obtengan reconocimiento generalizado y así lograr una modificación o supresión de la norma. En tanto él no emprenda o no tenga éxito en ello, de él es exigible que se comporte exteriormente, por la razón que sea, de modo conforme a la norma. El sinalagma del derecho a intervenir en el establecimiento de la norma es la obligación de hacer valer su rechazo de las razones esgrimidas a favor de la norma exclusivamente dentro del marco del ejercicio de esa facultad.

Sólo de conformidad con esta facultad resulta vinculante el seguimiento de la norma para la persona de derecho. El destinatario de la norma tiene abierta la posibilidad de poner discursivamente en cuestión la validez de la norma, de modo tal que él no puede quebrantar fácticamente la norma para así proveer de validez a sus razones contra la misma. De ello resulta, adicionalmente, que sólo en una sociedad democráticamente constituida puede fundamentarse la culpabilidad jurídico-penal con arreglo a principios estrictamente jurídicos.

7. Bajo esta concepción, la culpabilidad jurídico-penal no se encuentra exclusivamente referida a quienes formalmente ostentan la respectiva ciudadanía. Por ello, no sólo los ciudadanos alemanes, por ejemplo, pueden quebrantar el derecho penal alemán. Antes bien, en Alemania tanto alemanes como extranjeros tienen, en igual medida, el derecho a

expresar libremente su opinión, a efectuar demostraciones públicas, a formar asociaciones y grupos de interés, a articular sus demandas en la prensa escrita y en los medios de comunicación audiovisual, a organizarse en partidos y asociaciones sindicales, así como variadas posibilidades adicionales de tomar posición en procesos públicos de formación de opinión y voluntad.

4. Capacidad de culpabilidad

1. Resumo el curso de la argumentación hasta aquí: El punto de partida fue la afirmación de que tanto en la vida cotidiana como en el contexto del derecho penal no hacemos depender la atribución de responsabilidad de una comprobación positiva de la capacidad de seguir la norma relevante. Antes bien, damos esta capacidad por supuesta y sólo la tenemos por excluida bajo determinadas condiciones especiales. En esta medida, tanto en la vida cotidiana como en el contexto jurídico-penal, son los conceptos negativos de libertad los que desempeñan el papel determinante. El significado de las expresiones positivas correspondientes se reduce, en cambio, a la indicación de que los presupuestos de las expresiones negativas no se hallan satisfechos. Así, libertad significa que no se presentan las condiciones reconocidas de falta de libertad.

En un segundo paso, establecimos que al autor de un hecho punible no puede reprocharse no haberse formado el motivo de seguir la norma a partir de determinadas razones substantivas. Lo único que podemos reprocharle es no haber seguido la norma habiéndole sido esto exigible, en tanto él pudo haber presentado públicamente sus razones contra el seguimiento de la norma en su rol de ciudadano del Estado y así haber puesto en cuestión su validez.

Ahora ha de preguntarse, en un tercer paso, por qué en la imputación de culpabilidad jurídico penal estamos autorizados a dar por supuesta la capacidad de seguir la norma y a negarla sólo bajo determinadas condiciones excepcionales.

2. Los agnósticos en la teoría del derecho penal, que no consideran la libertad de voluntad como una categoría susceptible de fundamentación, legitiman la suposición general de capacidad de culpabilidad con su supuesta favorabilidad para el individuo.[11] ¿Pero qué es lo favorable de la suposición de capacidad de culpabilidad? Si el derecho penal

11. Véase sólo Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. ed. 2006, § 19, n. 37.

sólo se legitima, como es usual, en atención al rol del ciudadano como destinatario de la norma, entonces difícilmente puede hablarse de una favorabilidad individual de la suposición de capacidad de culpabilidad. La atribución de capacidad de culpabilidad grava al autor; ella es, en efecto, presupuesto de su punición. El principio de culpabilidad sólo es favorable en un sentido negativo, asegurando que aquel respecto de quien se satisfacen los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad legalmente reconocida no sea condenado en caso que esto – por la razón que fuera – pudiese ser socialmente ventajoso.

Igualmente evidente es que la favorabilidad de la suposición de la capacidad de culpabilidad tampoco puede deducirse de la favorabilidad de la norma misma. Pues entonces se estaría deduciendo un poder a partir del puro deber-ser. Puesto extremamente: También un recién nacido podría ser entonces capaz de culpabilidad, dado que él también se beneficia, por ejemplo, de la prohibición del homicidio.

3. Si la vista sólo se pone en el autor del hecho punible en tanto destinatario de una norma, en mi opinión no se deja entonces fundamentar la atribución de capacidad de culpabilidad como favorable. Para ello es necesario, antes bien, ver al autor del hecho punible como persona en derecho y con ello en su doble rol como destinatario y autor de la norma. El concepto de persona es fundamentalmente idéntico en ambos roles. La capacidad que una persona puede pretender en su rol de autor de la norma se corresponde con la capacidad cuyo ejercicio se espera de ella respecto del seguimiento de la norma. De aquel a quien se otorga el derecho de tomar posición crítica y razonada acerca de una norma, también se espera que pueda evaluar crítica y razonadamente su propio comportamiento. En ambos roles, las capacidades atribuidas no son objeto de una comprobación positiva. Tal como la suposición general de capacidad de culpabilidad, el ejercicio del derecho de expresar opiniones, de participar en sufragios, etcétera, no se hace dependiente de la comprobación positiva de la presencia de determinadas capacidades.

En el derecho civil esta construcción resulta obvia sin más. De alguien que está en posición de celebrar un contrato también se espera que lo cumpla. La autonomía de poder determinar derechos y deberes se corresponde con la autonomía de ejercer estos derechos y cumplir estos deberes.

4. Con ello aparece una última pregunta cuya respuesta está todavía pendiente: ¿por qué se encuentran reconocidas en el código penal determinadas excepciones a la suposición de capacidad de culpabilidad? ¿Por qué se exculpa a alguien, por ejemplo, si él mata a otro para salvarse de

un peligro vital, y por qué no se lo exculpa, si él mismo ha causado este peligro vital – a pesar de que la presión psíquica puede ser igualmente intensa en ambos casos?

La respuesta se obtiene fácilmente de las reflexiones precedentes. Las causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad también son reglas jurídicas establecidas a través del proceso legislativo democrático. En su rol de ciudadanos del Estado, los miembros de una sociedad democráticamente constituida asumen la responsabilidad por cómo y en qué medida ellos han de quedar vinculados a las normas, es decir, por cómo han de atribuirse responsabilidad por la contravención de normas.[12] En cierto modo, los ciudadanos del Estado se miran al espejo cuando establecen los criterios bajo los cuales ellos han de quedar vinculados o exonerados en su rol de destinatarios de normas.

También estas decisiones, como todas las decisiones democráticas, son sólo provisionalmente racionales. Ellas pueden ser atacadas con razones y en su caso resultar refutadas. De prevalecer por un tiempo prolongado en la historia del derecho, entonces a su favor rige la presunción de que ellas reflejan hallazgos fundamentales. A estos hallazgos pertenece, con toda probabilidad, el principio de culpabilidad.

5. Observación final

Llegó así al término de mis reflexiones: en su desarrollo histórico, el derecho penal ha servido a fines diversos, y no rara vez ha funcionado como medio de opresión. Los regímenes totalitarios más recientes son ejemplo manifiesto de ello. A los filósofos de la ilustración tenemos que agradecer, sin embargo, el hallazgo fundamental de que el derecho es una creación humana y que los seres humanos somos responsables del mismo. El origen y la legitimación del derecho sólo pueden encontrarse en la autonomía del individuo. Respecto del derecho penal, de esto tiene que extraerse la consecuencia de que también la culpabilidad jurídico-penal ha de determinarse de conformidad con la autonomía que corresponde a cada ciudadano. Quien puede pretender tener la capacidad de tomar posición fundadamente acerca de normas también tiene que asumirse como capaz de seguir normas. Mas de ello también resulta: el derecho penal sólo es legítimo en el marco de un Estado democrático de derecho.

12. Así acertadamente Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 256.

II Processo Penal

1
O cumprimento de ordem judicial pelo registrador: aspectos penais e processuais penais

Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Direito Processual Penal da USP.

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Registral-Notarial

Resumo: O artigo cuida de problemas penais e processuais penais sobre a atuação do registrador. Este, na sua tarefa de qualificação, age regido por princípios próprios, com os quais se visa a preservar a segurança dos registros imobiliários e das relações jurídicas sobre direitos reais. Não pode desatender a tais princípios e efetuar uma qualificação indevida. Quando recebe uma ordem judicial, não sendo possível a qualificação, deve informar ao juiz os motivos que a impedem, mas caso haja reiteração, a determinação judicial deve ser cumprida. Assim agindo, o registrador não comete crime algum, pois não é movido pela intenção de desobedecer a ordem, mas somente de resguardar a segurança do registro. Por isso, embora conste do mandado que deve ser preso caso não cumpra a ordem, isso não pode ocorrer. Outras razões impediriam ainda a prisão: prisão em flagrante não se executa por mandado judicial, efetiva-se quando há situação de flagrância;

Abstract: The article addresses criminal and procedural issues related to the operation of the notary, who, in the duty of qualification is ruled by his/her own principles seeking to protect the security of real estate registries and the legal relation over real rights. The notary cannot disobey such principles and carry out an incorrect qualification. Upon receiving a judicial order, when qualification is not possible, the notary should inform the judge about the reasons impeding it, but in case of reiteration, the judicial order should be carried out accordingly. By acting along these lines, the notary does not commit any crime since he/she does not intentionally disobey an order but only makes sure to safeguard the security of registries. Therefore, despite the fact that the judicial order informs that the notary may be arrested in case the duty is not performed, this cannot occur. There are other reasons impeding the imprisonment: one being the fact

desobediência e prevaricação são infrações de menor potencial ofensivo, que não sujeitam o autor do fato à prisão em flagrante. Para proteger a liberdade de locomoção do registrador é cabível o *habeas corpus*, impetrado por ele ou por associação de classe.

that the detected in the act cannot occur through a judicial order but only when there is a situation caught in the very act of being committed. Disobedience and official misconduct are minor offenses and do not qualify for the detected in the act type of arrest The notary and register's associations can file a petition for the writ of *habeas corpus* to protect the mobility freedom of the notary.

Palavras-chave: Desobediência – Ordem judicial – Registrador.

Keywords: Disobedience – Judicial order – Notary.

Sumário: 1. O conflito entre a preservação da segurança dos registros imobiliários e a necessidade de cumprimento da ordem judicial – 2. A necessidade e a importância da qualificação registral de todos os documentos, inclusive os judiciais – 3. A atividade de qualificação e os princípios informativos da atividade registral – 4. A atuação do registrador em face de uma ordem judicial – 5. O descumprimento da ordem judicial pelo registrador e os crimes de desobediência e prevaricação – 6. A impossibilidade de se realizar prisão em flagrante no caso de o registrador não cumprir ordem judicial – 7. O cabimento de *habeas corpus* em casos de ameaça de prisão dos registradores em ordens judiciais – 8. Conclusões – Bibliografia.

1. O conflito entre a preservação da segurança dos registros imobiliários e a necessidade de cumprimento da ordem judicial

Pode o registrador receber para análise documentos trazidos diretamente pelas próprias pessoas interessadas na realização de algum ato ou vindos por intermédio de uma ordem judicial. Inexiste, no que se refere ao trabalho a ser desenvolvido, diferença substancial entre as duas situações, pois qualquer documento deve ser submetido a um exame rigoroso, somente devendo gerar um registro ou averbação quando estiverem preenchidas determinadas formalidades e exigências legais. Todavia, às vezes se depara o registrador com mandados com afirmações de que a ordem judicial deve ser cumprida sob pena de ser ele processado por desobediência e submetido à prisão.

Informa Flauzilino Araújo dos Santos que "nem sempre a qualificação registral empreendida pelo oficial é compreendida em seu verdadeiro sentido e alcance, tal como prevista no ordenamento legal vigente, tanto que não poucos registradores já passaram pelo constrangimento de serem intimados de decisões judiciais por despachos do seguinte jaez

'Cumpra-se imediatamente sob pena de desobediência (ou de pena de prisão)'. Isso simplesmente porque, ao examinar um determinado título judicial, considerou-o inapto para a prática do ato de registro ou de averbação determinado pelo juiz ou mesmo emitiu uma nota com exigência de retificação ou aditamento do título para o efeito de afastar óbice que impedia a prática do ato determinado".[1]

Essa ocorrência suscita interessantes reflexões. Ela traduz um conflito entre interesses opostos: o do juiz que deseja ver cumprida a sua ordem e o do registrador que não pode deixar de verificar se é possível a efetivação do ato determinado. Como solucionar esse impasse, de modo a preservar, de um lado, a força imperativa das decisões judiciais e, de outro, a necessidade de segurança dos registros?

Também merecem ser objeto de consideração mais aprofundada dois aspectos de natureza criminal que sobressaem da situação mencionada. Haveria, em caso de descumprimento da ordem, prática de crime de desobediência ou prevaricação e possibilidade de prisão em flagrante? De que meios disporia o registrador para defender-se da ameaça de ser processado e preso?

A reflexão sobre tais assuntos exige que, previamente, sejam feitas algumas sucintas observações sobre a atividade de qualificação desenvolvida pelo registrador. É por meio dela que ele analisará os documentos apresentados, inclusive os judiciais, e resolverá sobre a possibilidade, ou não, de ser o registro efetuado. Representa instituto antigo[2] e muito relevante do direito registrário, por isso mesmo bastante estudado.[3] Houve, na década de 90, entre nós, importante trabalho doutrinário de concei-

1. Santos, Flauzilino Araújo. Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil. *RDI* 56/184, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.
2. No Brasil, o instituto existe desde o século XIX, e, por isso, salienta Ricardo Dip ser "da tradição do direito brasileiro conferir ao registrador a tarefa de apreciar e decidir, concretamente, acerca de uma inscrição que lhe é demandada" (Sobre a qualificação no registro de imóveis, *RDI* 29/164, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1992. Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Encontro Elvino Silva Filho, realizado no período de 21 a 25.10.1991, em Maceió/AL).
3. O juiz Vicente de Abreu Amadei, no Encontro Café com Jurisprudência, salientou que "o estudo do registro por meio de seus princípios foi aprofundado na segunda década do século XX, e, já no final do século, esse estudo se centrou mais na qualificação registral". *Boletim do Irib em Revista* 333/36, São Paulo, out.-dez. 2007.

tuação e de sistematização da atividade de qualificação do registrador. Agora, ele volta a ser palco de novos estudos, exatamente em virtude da necessidade de se analisar com cuidado a qualificação de documentos judiciais, principalmente quando ela traz implicações na relação que se estabelece entre o juiz e o registrador.[4]

2. A NECESSIDADE E A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO REGISTRAL DE TODOS OS DOCUMENTOS, INCLUSIVE OS JUDICIAIS

Qualificar, segundo os léxicos, é atribuir qualidade a algo ou alguém.[5] Quando afirmo ser uma pessoa dedicada ao trabalho ou, ao contrário, digo ser ela irresponsável, qualifico-a de forma positiva ou negativa. As minhas valorações só terão base se estiverem apoiadas em conhecimento anterior a respeito do comportamento da pessoa avaliada e que me possibilitem concluir ter ela, ou não, a qualidade que lhe atribuo.

Nos estudos filosóficos, sociológicos e jurídicos, liga-se a atividade de qualificação à verificação da existência de uma aptidão de algo ou de alguém que o habilite a realizar aquilo que dele se espera. Assim, "estar

4. Em recente encontro que tratou da qualificação registral, Ricardo Dip questionou "por que um assunto que já tem pelo menos dezessete anos da sua reconstrução, e tão aprofundado por bons doutrinadores, volta a ser objeto de meditação?", concluindo que "a resposta a essa indagação é a mesma que se dá na década de 1990 (...) Porque continua sendo questionada a independência jurídica do registrador, continua sendo questionada a conveniência da qualificação registral, sobretudo com um entrechoque que se vê em relação aos títulos judiciais. Tanto em 1990 como em 2007, a questão é: o registrador pode recusar o registro de um título, seja ele emanado de um notário, expedido pela administração pública, ou emitido pelo Poder Judiciário?". Exposição feita no 23.º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis em Belem do Pará. *Boletim do Irib em Revista* 333/79, São Paulo, out.-dez. 2007.

5. Nesse sentido, as seguintes acepções: "*Qualificar*: 1. Considerar qualificado, apto, idôneo, ou demonstrar que possui qualidades. 2. Emitir opinião a respeito de, avaliar, apreciar. 3. Indicar a(s) qualidade(s) de, classificar, considerar. 4. Atribuir qualidade de nobreza a; tornar ilustre; enobrecer. 5. Especificar ou determinar a natureza de (infração penal), segundo suas características, enquadrando-a na norma punitiva adequada; 6. Atribuir a devida qualidade jurídica a (ato, contrato etc); 7. Modificar (um substantivo), acrescentando característica e limitando a extensão do conceito". *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.*

qualificado por ou ser qualificado para alguma coisa é 'possuir a capacidade ou competência, isto é, a qualidade disposicional para efetuar uma dada tarefa ou alcançar um dado escopo' (Abbagnano, 785), é 'ter qualidade, possuir os títulos ou as características que dão o direito, civil ou moral, de agir de uma certa maneira, que tornam hábil (em sentido jurídico) a exercitar uma faculdade' (Lalande, 844)".[6] Em suma, "qualificar-se é, pois, ter uma dada qualidade em ordem a determinado fim"[7] e pressupõe um juízo valorativo feito em conformidade com padrões previamente fixados ou convencionalmente aceitos.

Quando a qualificação se realiza no âmbito jurídico deve ser verificado inicialmente se o objeto de análise se subsume a um padrão normativo ou a um modelo legal estabelecido,[8] no qual estão delineados os pressupostos ou requisitos exigidos para a sua constituição ou a sua elaboração. Sob essa ótica, na qualificação jurídica registral de um documento, haveria a necessidade primeira de identificá-lo no mundo jurídico, definir a sua natureza jurídica e divisar o arcabouço de normas jurídicas que o tipificam, e, depois, verificar o grau de conformidade daquele documento ao tipo legal, ou seja, se ele contém os elementos exigíveis para a sua regular formação, para, só então, ser analisada a correspondência dos seus dados concretos com os constantes dos cadernos registrais.

Essa complexa análise do documento na atividade de qualificação exige de quem a faz um juízo acurado sobre as circunstâncias do caso singular que se lhe apresenta, com os olhos voltados para o objetivo a ser alcançado, juízo que a doutrina denomina de "prudencial".

A idéia de que na qualificação registral há um juízo prudencial foi realçada por Ricardo Dip.[9] Acentuou ser o saber prudencial "um

6. São afirmações extraídas de Ricardo Dip, no artigo: Sobre a qualificação no registro de imóveis... cit., p. 167.
7. Idem, ibidem.
8. A idéia de modelo, bem como a de tipo, é largamente utilizada nos estudos atuais, principalmente quando se trata de subsumir uma atividade em uma norma. Ver a respeito: Dezem, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas (atualizado de acordo com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008)*. Campinas: Millenium, 2008.
9. Destacou o autor que, "desde 1988, tem-se apresentado na doutrina registral brasileira o entendimento de que o saber próprio do registrador está voltado ao *agir*. É, pois, um saber prudencial, quer dizer o *modo de agir*

saber subposto à ordem normativa, mediante uma busca tendencial de clarificação da ordem jurídica, por meios externos (formas, prazos, procedimentos) e um certo rigor na compreensão da norma delimitadora". A prudência, enquanto prática, tem, no seu dizer, como objeto "o contingente singular". Para imperar o juízo prudencial é mister a análise de "dadas e concretas circunstâncias", ou a ordenação das "ações individuais ou contingentes", ou ainda "aplicação dos princípios (e conclusões) universais aos fatos singulares".[10]

Também o juiz, em sua função jurisdicional, realiza juízo prudencial. Assim, Luigi Ferrajoli, ao tratar da atuação do juiz em processo criminal, afirma: "a aplicação da lei ao caso concreto é, na realidade, uma atividade cognitiva que requer, por sua vez, como duas condições necessárias e cada uma delas insuficiente, tanto a *verificação*, quanto a *compreensão*. Ela é, ao mesmo tempo, *juris-dictio*, ou seja, verificação da correspondência, à lei, do fato provado e apreendido, e *juris-prudentia*, ou seja, compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado. É precisamente na 'prudência', 'compreensão' ou no 'discernimento' das diferenças que Aristóteles identificava a virtude da eqüidade. Ainda mais do que a *dictio* ou denotação dos elementos constitutivos, conforme aos quais um determinado fato é um delito, e a qual que se pressupõe, em todo caso, *é antes a* prudentia *ou compreensão de suas conotações singulares que caracteriza a função judicial*, distinguindo-a de qualquer outra função burocrática ou meramente executiva. É por meio dela que ingressam – como devem ingressar – no juízo o contexto ambiental do fato e as condições nos quais foi vivido, as circunstâncias efetivas humanas e sociais nas quais residem sua concretização e particularidade e que o tornam diferente de todos os demais, por mais que, como outros, esteja denotado pelo mesmo *nomen* ou título de delito"[11] (grifamos).

Não é possível pensar em um juízo prudencial do registrador sem conhecimento técnico, ou, em outras palavras, sem conhecimento juri-

concretamente em determinada situação". Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis. *RDI* 64/245, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun., 2008.

10. Sobre o saber registral (da prudência registral). In: _____. *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: SafE, 2005, p. 170-171.

11. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 156.

dico por parte de quem o emite, pois a sua tarefa é ampla e profunda, cabendo-lhe, como acima acentuado, identificar se o documento analisado é, intrínseca e extrinsecamente,[12] idôneo para sua legítima inscrição no fólio registral.

Consoante se apreende de Kioitsi Chicuta: "é ampla a competência do Registrador para o exame de qualificação. Cabe ao Oficial a defesa dos princípios que norteiam os registros públicos e admite-se incursão em seus aspectos, não só extrínsecos, mas também intrínsecos, tanto assim que penetra no exame da validade dos negócios jurídicos (art. 166 do CC/2002) (...)"[13]

Complementa Luiz Egon Richter: "qualificar é algo mais profundo do que simplesmente examinar ou verificar um objeto, pois o exame e a verificação ficam no campo da contemplação (...). No Registro de Imóveis, a qualificação dos títulos transcende a mera contemplação, passando para o campo da substancialidade do objeto, no caso o título apresentado para fins de registro. A verificação é o início do caminho que deve levar à análise do mérito jurídico do título, com a finalidade de deferir ou não o registro".[14]

Por outro lado, é essencial que o juízo prudencial, como esclarece Ricardo Dip, seja acompanhado de "imperatividade", pois, por meio dele, "decide-se se o título tem idoneidade para ser singular e concretamente registrado, e *impera-se* o ato que corresponda: *não há juízo prudencial sem império*, para o caso o registro ou o não-registro de um título".[15]

Essa imperatividade liga-se diretamente ao aspecto conclusivo do juízo elaborado, o qual "(como conclusão do procedimento prudencial) pode ser positivo (em ordem a seu fim, que é o registro) ou negativo (desqualificação, juízo desqualificador), de toda sorte consistindo sua

12. Konno, Alyne Yumi. *Registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 58.

13. Chicuta, Kioitsi. Qualificação dos títulos judiciais. In: Dip, Ricardo Henry Martins (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004, p. 237.

14. Richter, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: Dip, Ricardo Henry Martins (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004, p. 189.

15. Dip, Ricardo Henry Marques. Dúvidas sobre o futuro... cit., p. 246.

mais destacada relevância a imperação de que se registre ou de que não se registre um título".[16]

Assim, se o registrador conclui que o documento é passível de ser registrado, ele, no exercício de atividade personalíssima, intransferível, o faz, sem depender sua atividade de manifestação de outrem.[17] Caso chegue a entendimento diverso, sendo o seu juízo negativo a respeito da viabilidade de ser o documento registrado, ele o devolverá ao interessado no ato de qualificação, com os fundamentos de sua conclusão.[18]

16. RICHTER, Luiz Egon, op. cit., p. 195.

17. Eduardo Agostinho Arruda Augusto salienta ser falha a conduta de quem se habitua a "consultar o juiz corregedor para que este decida sobre determinada situação. Seria o mesmo que o juiz de primeiro grau ligar para o Tribunal e perguntar a um dos desembargadores como deveria decidir uma lide. Além de ser uma forma indigna de eximir-se de suas responsabilidades, isso derruba o princípio da segurança jurídica, pois a verdadeira qualificação foi feita por pessoa diversa daquela determinada pela lei, o que, por si só, pode tornar nulo o ato registral. A função da qualificação registral é intransferível, é uma atividade personalíssima, que foi delegada pelo Estado a uma determinada pessoa, por confiar em sua potencialidade para o desempenho da função". A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento. *RDI* 64/218, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

18. Nem sempre foi assim. Esclarece Sérgio Jacomino (A penhora e o procedimento de dúvida. *RDI* 64/257-259, São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008): "Vê-se, já nos primórdios de nossa legislação hipotecária, que o registrador se obrigava a imperar a registração. Mas não a negativa. No dito Regulamento já se antevê o espartilho procedimental que se desenvolverá com maior nitidez nos regulamentos hipotecários que lhe sucederam. Nesse sentido, o aspecto que gostaria de reter para nossa consideração é: no caso de ocorrer a *qualificação positiva*, o registro se faria (art. 30). Já a negativa seria decidida pelo juízo competente". Posteriormente, entendia ainda a doutrina, que o "oficial *não tem o direito propriamente dito de recusar a inscrição* no sentido de decidir que ela não é possível de se tornar efetiva, *mas apenas suscita dúvida*. É ao juiz que compete decidir da sua procedência, ou não, ordenando ou recusando a inscrição [SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Tratado de registros públicos*]". Assim, "no começo do século XX, o juiz era naturalmente considerado o presidente do registro. Tanto o registrador quanto o notário – bem assim escrivães do feito judicial, e outros tantos profissionais que atuavam no processo –, todos orbitavam a Galáxia Judiciária; eram órgãos auxiliares da Justiça, astros que refletiam a poderosa luz própria do Poder (...) quando o escrivão, no curso do processo, tinha uma *dúvida*, isto é, deparava-se com um fato imprevisto, um acidente no regular andamento do feito, então ele se detinha e formulava

Novamente invocando o magistério de Ricardo Dip, pode-se afirmar que a atuação do registrador não é "meramente executiva e subalterna", devendo-se engastá-la, "numa dimensão jurídica e independente, enquanto no plano decisório. Esse é o dúplice aspecto de fundo da função de qualificação registral: a) um, que põe à mostra a natureza jurisprudencial – não jurisdicional – da atuação do registrador, que é um operador jurídico, apto a decidir, a emitir um juízo sobre a inscrição de determinado título; b) outro, que revela a independência decisória do oficial registrador, no limite primário da apreciação e decisão acerca do registro de um título singularizado".[19]

3. A ATIVIDADE DE QUALIFICAÇÃO E OS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA ATIVIDADE REGISTRAL

Não se consegue imaginar um saber prudencial, dotado de imperatividade e norteado pelo objetivo da segurança dos dados registrais,[20] sem que quem o executa seja dotado de autonomia para decidir sobre a aptidão dos títulos submetidos a seu exame para comporem o caderno registral. Sua liberdade decisória não pode estar sujeita a qualquer tipo

uma consulta, antecedida de uma informação, ambas endereçadas afinal ao Presidente do processo. Em última instância, seria o juiz quem decidiria o acidente processual intercorrente, não o escrivão". Conclui que "a nota mais importante a se destacar, na perspectiva histórica, é que essa limitação na atuação do registrador somente seria ultrapassada com a consagração e o reconhecimento da independência jurídica do registrador, que tem o poder-dever de imperar não só a registrabilidade do título, mas igualmente a sua recusa. Contudo, isso tardaria alguns anos ainda, e o marco definidor desse paradigma se constituiria a partir da doutrina do Des. Ricardo Dip, que percorrendo um largo caminho, seria consagrada na Lei 8.935, de 1994 (art. 3.° c/c o art. 28)".

19. Sobre a qualificação no registro de imóveis... cit.
20. Tal objetivo foi realçado no Congresso Internacional de Direito Registral realizado em Lima, nos dias 23, 24 e 25.05.2007, em Declaração ali emitida, na qual constou que "o registro é o *veículo dinamizador do tráfico jurídico que deve outorgar a máxima proteção aos titulares registrais e aos terceiros.* Proteção essa que deve *comportar a necessária declaração de que os direitos inscritos constituem a verdade oficial das titularidades publicadas e que o inscrito não afeta os terceiros*" (Extraído do discurso de Álvaro Delgado Scheelje, da Superintendência Nacional de Registros Públicos – Sunarp, na abertura do XX Encontro do Comitê Latino-americano de Consulta Registral. *Boletim do IRIB em Revista* 333/26, São Paulo, out.-dez. 2007).

de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática e corporativa,[21] pois "não é possível alguém exercitar prudência sem liberdade".[22]

O registrador não é "mero funcionário público, nem simples particular em colaboração com a administração, mas verdadeiro exercente de função registral, com independência e autonomia".[23]

Por isso mesmo, constou do art. 28 da Lei 8.935/1994, que regulamenta o art. 236 da CF, ao dispor sobre serviços notariais e de registro: "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições (...)".

Como bem salienta Eduardo Agostinho Arruda Augusto, "se o registrador imobiliário não trabalhar com autonomia, ocorrerá total abalo no princípio da segurança jurídica e, sem segurança jurídica, o registro público imobiliário deixa de existir. O registrador (...) não pode estar hierarquicamente subordinado a nenhum órgão da administração pública, pois deve ter total autonomia para decidir e garantir a efetividade do registro imobiliário. Na sua função típica, o registrador imobiliário encontra-se subordinado tão-somente à lei".[24]

Além do postulado da segurança jurídica, fundamento da atividade registral, e do supraprincípio da autonomia, sem o qual a atividade do registrador pouco valeria, devem ser observados alguns princípios para o regular "acesso de qualquer título ao sistema registral", "como o atendimento aos princípios da continuidade,[25] que visa impedir o lançamento

21. Richter, Luiz Egon, op. cit., p. 193.

22. Dip. Ricardo Henry Martins. Dúvidas sobre o futuro... cit., p. 245.

23. Chicuta, Kioitsi, op. cit., p. 230.

24. Arruda Augusto, Eduardo Agostinho, op. cit., p. 217.

25. Aline Konno destaca, sobre o significado do princípio da continuidade, que "em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Op. cit., p. 35). Salienta Tatiana Passos que "o princípio da continuidade pode

de qualquer ato registral sem o registro anterior e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas (arts. 195, 222 e 237, LRP); da especialidade, que exige a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos e dos sujeitos/titulares (art. 176, § 1.º, II, item 3, e 225, LRP); da disponibilidade, com base no qual ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos pelo registro imobiliário, a compreender a disponibilidade física – área disponível do imóvel – e a jurídica – a vincular o ato de disposição à situação jurídica do imóvel e da pessoa –, conforme previsão legal do art. 176, § 1.º, item III, da LRP; e, ainda, da legalidade, que impõe o exame prévio da legalidade, validez e eficácia dos títulos, a fim de obstar o registro de títulos inválidos, ineficazes ou imperfeitos, e desse modo contribuir para a concordância do mundo real com o mundo registral, a fim de que o público possa confiar no registro (arts. 167, I e II; 169 e 198, LRP)" (sic).[26]

Dessume-se, pois, que "a análise registral tem como meta e propósito preservar íntegro direito de terceiros, fazendo cumprir os princípios registrais, como também observar todos os requisitos necessários à garantia da segurança dos direitos reais imobiliários, a que tem o dever de zelar.[27]

4. A ATUAÇÃO DO REGISTRADOR EM FACE DE UMA ORDEM JUDICIAL

Todos os títulos, inclusive os judiciais, devem ser submetidos ao prudente e técnico juízo de qualificação do registrador. Não teria sentido

ser considerado a viga mestra da segurança do sistema registral brasileiro, ficando o titular de um imóvel ou de um direito real, sob pena de responsabilidade funcional do registrador, isento de surpresas quanto ao seu direito e quanto à identidade física do imóvel matriculado" (*Registro de imóveis para profissionais do direito: guia prático para o cotidiano jurídico-imobiliário-registral*. 2. ed. Campinas: Russel, 2008, p. 55).

26. PAIVA, João Pedro Lamana. Processo civil e serviço registral. *Boletim do Irib em Revista* 333/126-127, São Paulo, out.-dez. 2007.

27. Ricardo Dip enfatiza que "o registrador julga em ordem à segurança jurídica; este é o fim ou o bem específico de sua missão, e que o saber que lhe é exigido está essencialmente vinculado à consecução dessa finalidade (...) não a atingirá, contudo, se não tiver presente que seu saber e sua função constituem uma busca do bem, uma procura da realização da segurança jurídica, o que reclama formulações técnicas mas, antes delas, exige memória do passado, inteligência do presente, previsão das conseqüências". Sobre o saber registral... cit., p. 33.

que ficasse o encarregado de velar pela segurança do sistema registral eximido de observar se estão preenchidos requisitos intrínsecos e extrínsecos do documento, em virtude de sua natureza judicial. Devem, também, ficar plenamente observados os princípios da legalidade, da continuidade, da especialidade, da disponibilidade. Em caso de ausência da análise do documento, pelos danos causados a terceiros, pode o registrador ser responsabilizado.

A necessidade de qualificação dos títulos judiciais é afirmada em estudo realizado por Flauzilino Araújo dos Santos, o qual, com forte acento na doutrina nacional,[28] sublinhou: "(...) não obstante a origem jurisdicional do título, é de rigor sua qualificação registral, uma vez que se o ato judicial se mostra apto para inscrição no fólio real, vai desencadear, por força de sua admissibilidade e conseqüente inscrição, o fenômeno registral *erga omnes*, retro operante à data da apresentação do título no registro de imóveis."[29]

Cita Flauzilino que o "Conselho Superior da Magistratura de São Paulo tem reiteradamente decidido que o fato de ser apresentado título de origem judicial para registro não isenta exame qualificativo dos requisitos registrários, cabendo ao registrador apontar e analisar a existência de eventuais obstáculos registrários", coletando várias decisões nesse sentido.[30]

Outros tantos julgamentos podem ser apontados: "A origem judicial dos títulos não os alivia do ônus de satisfazer os requisitos de ingresso no Registro Imobiliário, mui especialmente cabendo ao oficial velar pela observância dos princípios normativos que são peculiares aos Registros Imobiliários, dentre eles, com destaque, o da continuidade dos registros" (*RT*, 582/88); "A origem judicial dos títulos não os alivia do exame pelo oficial, tendo em conta os princípios registrários, sendo certo que, se ao registrador não é dado objetar às partilhas julgadas, também não pode

28. Embasa o seu estudo nos seguintes autores: Afrânio de Carvalho (*Registro de imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 281), Marcelo Fortes Barbosa Filho (O registro de imóveis, os títulos judiciais e as ordens judiciais, in: Sérgio Jacomino. (org.), *Thesaurus registral, notarial e imobiliário*. São Paulo: Irib/Anoreg, 2003, vol. 2; e Vera Lúcia Rocha Soares (*Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69).

29. SANTOS, Flauzilino Araújo, op. cit., p. 180.

30. Idem, ibidem.

deixar de lado o controle que lhe cabe, indiscutivelmente, por exemplo, sobre a obediência aos princípios da continuidade e da especialidade, ou, ainda, do pagamento dos impostos devidos (AC 104-0; 87-0 – *RT*, 551/101)."[31]

Cuidando do tema, salienta Venício Antonio de Paula Salles que "o registrador não pode descumprir a *ordem judicial*, não pode desprezar o seu comando, mas deve atuar para que a ordem bilateral não venha a mutilar direitos de terceiros. Nossos Tribunais também se posicionaram de maneira firme, entendendo que mesmo a *ordem judicial* não se mostra imune à qualificação registral, reconhecendo que o comando judicial não pode descumprir ou desconsiderar os princípios que ordenam e orientam toda a estrutura registral, que exigem uma perfeita concatenação sequencial de atos, sem ruptura ou quebra na ordem".[32]

Contudo, se, por um lado, o fato de o título levado a registro ter origem judicial não exonera o oficial de registro do exame de qualificação, por outro, não se pode deixar de respeitar o comando advindo de toda decisão jurisdicional.

Esse conflito é objeto de realce em recentes encontros de estudiosos do direito registral imobiliário, como em evento realizado em 03.08.2007. O Des. Ricardo Dip, várias vezes citado, observou: "o registrador tem liberdade no momento de decidir se deve ou não registrar o título, no entanto, tem de acatar as ordens do juiz, em última instância". Por outro lado, Sérgio Jacomino lembrou que "no caso de uma ordem judicial de penhora, por exemplo, deveriam ser convocadas todas as partes envolvidas no processo, uma vez que um terceiro pode ser prejudicado, e cabe ao registrador informar e dar garantia jurídica a esse processo (...)". Por fim, George Takeda informou que "em muitos casos, o juiz não aceita a recusa do registrador, que é obrigado a executar a ordem sob pena de prisão". Para ele, o oficial de registro imobiliário "deveria poder examinar o caso e alertar o juiz de que aquela decisão não pode afetar o direito de um terceiro que não faz parte do processo. A legislação deve ter uma regra mais precisa a respeito do que o registrador pode ou não fazer. Há

31. Acórdãos extraídos da obra de Maria Helena Diniz: *Sistemas de registros de imóveis*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 394.

32. Salles, Venício Antonio de Paula. Títulos judiciais e o registro de imóveis. *RDI* 56/204. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

a necessidade de melhorar a comunicação e o entendimento entre juízes e registradores".[33]

Ao estudar o assunto, manifestou-se Kioitsi Chicuta: "a função registral evidentemente não se confunde com aquela jurisdicional. Não cabe ao juiz exercer a função registral, salvo quando analisa, por força dos limites da lide, a regularidade e a legalidade do ato de registro, nem ao registrador se permite analisar a justiça ou injustiça da decisão judicial."[34]

Flauzilino Araújo dos Santos, após distinguir entre títulos judiciais e ordens judiciais, salienta a diversidade de exame a ser procedido pelo registrador nessas duas hipóteses. É menos profundo no caso de ordens judiciais, as quais, em princípio, devem ser cumpridas, exceto em determinadas situações especiais,[35] as quais, para o autor, se resumiriam na "hipótese de flagrante ilegalidade". Encerra afirmando: "De tudo o que foi dito, porém, deve ser ressaltado que por submissão ao direito, entre um mandado legal e um mandado judicial, deve-se privilegiar o mandado legal, visto que é fundamental a licitude da ordem. Afinal, tem ou não o cidadão a garantia constitucional de que o Estado não interferirá em seus direitos patrimoniais, salvante as exceções contidas na própria lei?"[36]

O conflito entre o juiz e o registrador, quando esse realiza juízo negativo quanto à qualificação, comporta, a grosso modo, três caminhos:

33. Conforme extraído da reportagem: Direito registral imobiliário: diálogo entre magistrados e registradores: repercussão do registro na atividade judiciária. *Boletim do Irib em Revista* 333/45, São Paulo, out.-dez. 2007.

34. CHICUTA, Kioitsi, op. cit., p. 234-240.

35. O autor cita, nesse sentido, Afrânio de Carvalho e Marcelo Fortes Barbosa Filho. Enfatiza o primeiro que o exame do registrador cinge-se à conexão dos respectivos dados "com o registro" e "à formalização instrumental". Não lhe compete "averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, nem entrar no mérito do assunto neles envolvido, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do juiz". Para o segundo, o registrador, diante de uma ordem judicial só poderá "se recusar a dar cumprimento ao comando recepcionado, quando restar caracterizada hipótese de absoluta impossibilidade, como quando determinada a indisponibilidade de bens daquele que não é titular, de acordo com a tábua, de direito real algum, ou antinomia interna, quando, por exemplo, há contradição intrínseca e o documento instrumentalizador da ordem não corresponda ao seu teor" (SANTOS, Flauzilino Araújo, op. cit., p. 181).

36. Idem, p. 183.

(a) o registrador emite um juízo de qualificação negativa e devolve o título ao interessado, ou, em caso de ordem judicial, comunica ao juiz suas razões; (b) o registrador submete a matéria à apreciação do juiz corregedor; (c) o registrador cumpre simplesmente a determinação judicial.

As duas últimas vias (*b* e *c*) não podem ser aceitas pelos motivos anteriormente expedidos e a seguir resumidos.

O registrador realiza juízo prudencial dotado de imperatividade e, no exercício pessoal e intransferível de sua atividade, não pode mais, na atualidade, por força de sua autonomia, deixar de decidir, efetuando consultas ao juiz corregedor. Ademais, caso o juiz corregedor concordasse com as suas ponderações, o conflito não se resolveria, mas passaria a ser entre dois juízes, sendo que, como abaixo será sublinhado, a jurisprudência do STJ, com razão, entende prevalecer a decisão jurisdicional proferida em processo contencioso sobre a decisão administrativa.

O simples e sistemático cumprimento da ordem não é possível, eis que deixaria o registrador de cumprir seu dever de ofício.

Restaria a primeira alternativa (letra *a*). Contudo, ela não resolve de forma definitiva o impasse. Pode o juiz, uma vez operada a devolução do título, entender que não há razão para a recusa do seu registro, caso em que poderá no exercício de seu poder jurisdicional reiterar a primeira determinação, ratificando-a em nova ordem.

Aí é que se situa o ponto nevrálgico de todo o debate sobre o conflito entre a ordem do juiz e o seu cumprimento pelo registrador. De uma ou de outra maneira, todos acenam para a mesma solução a fim de superá-lo, embora nem sempre o afirmem claramente: ao registrador não sobrará mais outra possibilidade a não ser cumprir a ordem, tomando todas as cautelas necessárias para resguardar os interesses do titular do registro e de terceiros, bem como para se precatar quanto a eventual responsabilização pessoal.

Veja-se que o Des. Ricardo Dip, no debate antes referido, disse que o registrador "tem de acatar as ordens do juiz, *na última instância*" (grifamos). Sérgio Jacomino, por sua vez, lembrou as cautelas a serem tomadas em caso de uma ordem judicial de penhora. George Takeda asseverou que, em muitos casos, o juiz não aceita a recusa do registrador, que é obrigado a executar a ordem sob pena de prisão, embora, como abaixo será salientado, no que se refere à ameaça de prisão, não seja correta a atitude do juiz.

Em suma, ante a renovação da determinação judicial, outra alternativa não restará ao registrador senão proceder ao ato de registro, observado o prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 188 da LRP,[37] fazendo, se for o caso, as anotações que, no seu juízo, são necessárias para resguardar o direito do titular da matrícula e interesses de terceiros.

Embora haja imperatividade tanto no juízo do registrador como no do juiz, sendo os dois manifestações de juízo prudencial, há diversidade de graus nessa imperatividade. O poder do registrador se esgota com a sua atividade de qualificação e não gera, quando negativo, o efeito de imutabilidade. Veja-se que pode o interessado suscitar processo de dúvida perante o juiz corregedor, devendo a decisão por este proferida ser cumprida pelo encarregado do registro, ainda que dela discorde. Diferentemente, a força decorrente de uma decisão judicial transitada em julgado proferida em processo contencioso será imutável, deve ser cumprida pelas partes e aceita por terceiros como fato jurídico. Poderão terceiros prejudicados, não atingidos pela coisa julgada, vir a discuti-la no que se refere ao atingimento de sua esfera jurídica, mas a sentença permanece. Não se insere na atividade do registrador a defesa de interesses de terceiros prejudicados,[38] podendo, se quiser, como cautela, dar conhecimento a eventual prejudicado da ordem judicial, cabendo a este defender seus interesses em juízo.

Não foi outra a solução da jurisprudência em situação semelhante de conflito entre a decisão proferida por juiz corregedor, de natureza administrativa, e a exarada por juiz em processo contencioso, de caráter jurisdicional. Firmou-se entendimento no sentido de que, nesse conflito, prevalece a decisão jurisdicional. Se há supremacia da decisão prolatada pelo juiz em processo contencioso em relação à emitida por juiz corregedor dos registros, pela mesma razão sobrepujará a determinação final do magistrado tendente ao registro de um documento.

Referindo decisões do STJ, esclarece Kioitsi Chicuta: "A ordem emanada no processo judicial há que ser cumprida em qualquer hipótese. Assim, se o juiz, em ação reivindicatória, prolata sentença decla-

37. Prevê citado dispositivo que: "Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, salvo nos casos previstos nos artigos seguintes".

38. Assinala Flauzilino Araújo dos Santos que incumbe aos "terceiros interessados ou aqueles atingidos pelo ato praticado impugná-lo perante os tribunais competentes" (Op. cit., p. 186).

ratória de usucapião, ou se o juiz do processo de inventário determina retificação de registro, há vícios ostensivos, mas a carga mandamental da deliberação não pode ser recusada pelo órgão administrativo com esse fundamento. Nem o Juiz Corregedor tem competência para invadir a esfera jurisdicional (...)".[39]

Manifestando-se sobre o assunto, Ricardo Dip assim se pronunciou: "A jurisprudência do STJ admitiu, a meu ver com razão, a supremacia da hipoteticamente mais pálida das decisões jurisdicionais sobre a mais brilhante e admirável das decisões de caráter administrativo. Patente o acerto da decisão jurisprudencial do STJ, porque não se pode admitir a inversão administrativa consistente em que a decisão jurisdicional se supedite à orientação administrativa."[40]

Exemplifica o autor com situação muito freqüente que bem demonstra o que ora se sustenta: "Consideremos uma ilustração mais ou menos gráfica: suponha-se que um juiz, em processo contencioso, determina a inscrição de uma penhora; o registrador julga que não cabe essa inscrição porque, por exemplo, há vício de continuidade, especialidade etc., e o título regressa às mãos do apresentante, que tem alguns caminhos a escolher: a) harmoniza-se com o entendimento do registrador; b) requer a suscitação do procedimento de dúvida; c) ajuiza um procedimento judicial de averbação, por sustentar que o ato em pauta é de averbamento; d) ou, por fim, retorna ao Juízo da causa e pleiteia que ali se aprecie e decida sobre a recusa da inscrição: a decisão que aí houver é decisão em *processo contencioso*. Uma vez que haja seu trânsito em julgado, é decisão jurisdicional prevalecente sobre os ditames da justiça administrativo-registral."

Em conclusão.

Deve o registrador quando se depara com um título judicial para registro realizar, por decorrência de sua função, atividade de qualificação, e, se for negativa, deve devolver o título com as razões fundamentadoras de sua conclusão. Todavia, se o juiz do processo contencioso reiterar a sua determinação, cabe a ele atendê-la, no prazo que lhe assegura a lei, fazendo as comunicações e anotações que entender necessárias.

39. Chicuta, Kioitsi, op. cit., p. 240.

40. Dip, Ricardo Henry Marques. Dúvidas sobre o futuro ... cit., p. 254.

5. O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL PELO REGISTRADOR E OS CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA E PREVARICAÇÃO

Como anteriormente destacado, eventualmente é a ordem destinada ao registrador acompanhada de observação no sentido de que deverá ser imediatamente cumprida sob pena de desobediência. Todavia, nem se pode impor o cumprimento imediato da ordem, nem há prática de desobediência ou mesmo prevaricação se o registrador agir em conformidade com a conclusão acima explicitada.

A exigência de pronto cumprimento tem contra si fixação por lei de prazo para o cumprimento de pedido ou ordem para realização de determinado registro ou averbação (prazo de 30 dias, conforme art. 188 da LRP), tempo esse necessário para que se realize cuidadosa qualificação e, em caso de ser ela negativa, para que possa o registrador expor as razões de sua conclusão.

Mesmo em caso de reiteração de ordem anterior, quando o magistrado discorda das ponderações feitas por quem é incumbido do registro, o prazo deve ser observado, a fim de que o registrador, embora seja obrigado a cumprir a ordem, possa, na defesa de interesses do titular da matrícula, de terceiros e, até mesmo, no resguardo de sua própria responsabilidade, de maneira cuidadosa fazer as anotações devidas, e, ainda, se entender necessário, comunicar o fato ao juiz corregedor.

Não há cometimento de desobediência por dois motivos essenciais: não pode o funcionário público no exercício de suas atividades próprias ser sujeito ativo desse crime, e, principalmente, falta dolo na conduta do registrador.

O crime de desobediência, tipificado no art. 330 do CP, está incluído entre os praticados por particular contra a administração em geral, sendo aí abrangido o funcionário somente quando atue *extra officium* ou quando entre seus deveres funcionais não se inclui o objeto da ordem a ser cumprida. É o que se extrai do ensinamento doutrinário[41] e

41. Na lição de Nélson Hungria: "o sujeito ativo (ou seja, o desobediente), tem de ser um *extranus*; mas a este se equipara o funcionário que não age nessa qualidade, isto é, em cujos deveres funcionais não se compreende o de cumprir a ordem de que se trate (pois, caso contrário, o que poderá ocorrer será o crime de prevaricação)" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. 4, p. 419-420). No mesmo sentido, Magalhães Noronha, "o sujeito ativo do crime será, em regra, o particular, podendo ser também um funcionário público, que, então, não age como tal; não

da majoritária orientação jurisprudencial.[42]

atua no desempenho de suas funções, e é, por isso, considerado particular" (*Direito penal. Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*). vol. 4, p. 355 e 366). Assim também sustentam Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 889); Damásio Evangelista de Jesus (*Direito penal – parte especial. Dos crimes contra a fé pública e dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 4, p. 201), e Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de direito penal – parte especial, arts. 235 a 361 do CP*. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 3, p. 366-367). Foi o que ainda sublinhou Ricardo Dip: "o sujeito ativo do crime de desobediência só pode ser o particular ou, no limite, o funcionário público – considerada a extensão do art. 327, CP –, desde que esteja a atuar fora de sua função. Equivale a dizer que, atuando *propter officium*, um funcionário público – assim entendido o indicado para *os efeitos penais* – não pode ser autor do crime de desobediência" (Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. *RDI* 53, São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002). No mesmo diapasão, Silvia Dip esclareceu: "Trata-se de crime em que o sujeito ativo é o *extraneus*, a que se só pode concorrer como *co-autor* ou *partícipe* o funcionário público na definição do Código Penal (art. 327, *caput*, do CP). Disso deriva a admissibilidade de serem eles sujeitos ativos dos *crimes funcionais* (art. 312 a 326, do CP). No entanto, o delito de *desobediência*, previsto no art. 330 do CP, é crime contra a administração pública que só pode ser praticado por particular. Assim, o sujeito ativo desse crime só pode ser o particular ou o funcionário público atuando fora de sua função" (Qualificação registral de títulos judiciais e crime de desobediência". Disponível em: <http://arisp.wordpress.com/2008/02/26/titulos-judiciais-qualificacao-e-crime-de-desobediencia/>. Acesso em: 19.09.2008).

42. Nesse sentido, os acórdãos citados por Celso Delmanto (*Código Penal comentado*. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 822): STJ, RHC 4.546, *DJ* 05.06.1995, p. 16675, *RBCCrim* 12/287; TJSP, *RT* 487/289; TRF-2.ª Reg., HC 96.02.30368-9/RJ, *DJU* 23.09.1997, p. 77038, *RBCCrim* 20/397; RCr 17.410, *DJU* 27.08.1992, p. 25933; TRF-1.ª Reg., 3.ª T., HC 2006.01.00.033120-7/BA, *DJU* 13.10.2006, *Bol. IBCCrim* 168/1036. STJ: "Desobediência – Os dirigentes de entidade integrante da Administração Pública indireta, no exercício de suas funções, não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração – RO em HC 9.066-CE, 6.ª T. – j. 14.12.1999, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 14.02.2000 (*RT* 777/559, ano 89, jul. 2000)". Na mesma obra antes citada, Delmanto destaca, contudo, manifestações em sentido contrário: TARS, *RT* 656/334, TACrSP, *RT* 418/249 – "O delito de desobediência não é suscetível de cometimento apenas por particulares. Também o funcionário público pode ser sujeito ativo da infração"; TARS, *RT* 418/249; "A jurisprudência e a doutrina têm entendido que o funcionário público pode cometer o delito de desobediência o de desacato" – *RT* 656/334.

Todavia, em havendo desobediência à ordem judicial, acena-se com a possibilidade de vir o funcionário, no exercício de ato de ofício, a cometer o delito de prevaricação.[43]

Todas as ponderações feitas aplicam-se ao registrador, pois, embora não seja funcionário público, ele exerce atividade de natureza pública que lhe foi delegada pelo Estado. Ainda que a sua atuação esteja relacionada com interesses privados, trata-se de função pública, subordinada a todos os princípios constitucionais do art. 37 da CF/1988.

De fato, a atividade desenvolvida pelo registrador imobiliário tem natureza pública, "a despeito de ser executada sob regime privado"[44] e, "embora não seja considerada serviço público de ordem material (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público), o é de ordem puramente jurídica".[45]

De recente decisão do STF, proferida em caso no qual impetrada ordem de *habeas corpus* pelo Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais, em favor de oficial registrador daquele Estado que teria, em tese, praticado o crime de desobediência, pode-se extrair que o oficial de registro imobiliário é agente que implementa "atos a partir de

Deve-se anotar posicionamento contrário da 5.ª T. do STJ, apontando para a possibilidade de cometimento do crime de desobediência por funcionário público, conforme RHC 12.780/MS, rel. Min. Félix Fisher; HC 30.390/AL, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca e no HC 58820, Min. Laurita Vaz, do qual se extrai a seguinte ementa: "*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Art. 10 da Lei 7.347/1985. Ex-prefeito. Desobediência. Possibilidade". Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 17.09.2008.

43. Veja-se, a propósito: STF: *RTJ* 119/168, *RTJ* 92/19; STJ: HC 2628/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, cuja ementa é: "Funcionário público. Ato de ofício. Desobediência. Prevaricação. O Código Penal distingue (Título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidentemente, quando o funcionário público (art. 327, CP) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (art. 330, CP – crime praticado por particular contra a administração pública, Título XI, cap. II). Em tese, admitir-se-á prevaricação (art. 319, CP)."

44. RICHTER, Luiz Egon, op.cit., p. 189.

45. É o que se extrai de Luiz Egon Richter, op. cit., p. 190, com base em ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 17).

função pública, valendo notar, de qualquer maneira, que procede não na condição de particular, não considerado o círculo simplesmente privado, mas por força de delegação do poder público, tal como previsto no art. 236 da CF".[46]

Lembra Ricardo Dip que "o texto constitucional imprimiu caráter *privado* para o exercício das funções notariais e das registrárias, instituindo com isso não uma antinomia, por certo, mas um binômio tensivo – *serviço público – gestão privada*".[47]

Ademais, faltaria na conduta do registrador, para a configuração de crime, o elemento subjetivo, ou seja, a vontade de desobedecer a ordem legal de funcionário público.

Por primeiro, cumpre firmar que desobedecer é mais do que deixar de cumprir. Alguém pode não cumprir uma ordem legal por vários motivos, desde uma impossibilidade fática, uma impossibilidade jurídica, até uma intenção deliberada de desrespeito ao funcionário público.

Também o registrador, quando recebe uma ordem judicial, poderá deixar de cumpri-la por diversas razões, mas somente se poderia cogitar de eventual desobediência quando, deliberada e intencionalmente, agisse em atitude de afronta e desrespeito ao juiz. Não quando, movido pelo interesse de respeitar a lei, de acautelar direitos de outrem, esclarecesse ao juiz os fundamentos de sua conclusão após análise qualificativa, a demonstrar que não pretende, por vontade espontânea e ordenada, infringir a sua determinação.[48-49]

Faz-se oportuno reproduzir trecho de parecer emitido pelo juiz Marcelo Fortes Barbosa Filho: "A desqualificação de título judicial que

46. STF, HC 85.911/MG, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 02.12.2005.

47. Dip, Ricardo Henry Martins. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores... cit.

48. Nucci, Guilherme de Souza, op. cit., p. 889-894, anota "que o verbo *desobedecer* é do tipo que contém, em si mesmo, a vontade específica de contrariar ordem alheia, infringindo, violando".

49. Bem incisivamente acentuou o Min. Marco Aurélio caracterizar "impropriedade manifesta" a acusação de registrador por crime de desobediência, quando, no "cumprimento de dever imposto pela Lei de Registros Públicos, cogitando-se de deficiência de carta de adjudicação", levanta "dúvida perante o juízo de direito da vara competente (...) pouco importando o acolhimento, sob o ângulo judicial, do que suscitado" (STF, HC 85.911/MG).

viole os princípios registrários básicos e torne insegura e descontrolada a escrituração do fólio real não caracteriza a figura do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP, porquanto esse tipo pressupõe a oposição dolosa e injustificada a uma ordem legal e tal conjunto de elementos não restará integrado quando rejeitado o título, em decorrência de óbice registrário."[50]

Válido, também, transcrever a lúcida consideração de Carlos Frederico Coelho Nogueira, ao pronunciar-se sobre o juízo negativo do registrador, na apreciação de um título de origem judicial levado a registro: "O registrador que qualifica negativamente um mandado ou outro tipo de ordem judicial, no cumprimento de seu dever de ofício, tendo em vista a necessidade de preservação dos princípios da continuidade, da legalidade, da especialidade objetiva, da especialidade subjetiva ou da disponibilidade, não pratica desobediência nem prevaricação, nem mesmo em tese." Acentua que somente poderia se vislumbrar eventual crime quando o oficial do registro imobiliário "quer, dolosamente, afrontar a autoridade de um juiz, ou desprezá-lo, ou humilhá-lo, ou irritá-lo, ou simplesmente descumprir uma ordem perfeitamente legal emanada da autoridade judiciária".[51]

Como bem acentuado por Carlos Frederico Coelho Nogueira também não haveria prevaricação.

Comete o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do CP, aquele que "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal".

Leciona Nélson Hungria que "o elemento material da prevaricação pode apresentar-se sob tríplice aspecto: *retardar indevidamente ato de ofício, deixar indevidamente de praticá-lo,* ou *praticá-lo contra disposição expressa de lei.* Nas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo; na última, é comissivo".

50. O parecer foi emitido no Processo 9002/2000 da Comarca de Americana, publicado no *DOJ* 11.04.2000, p. 3, conforme citação de Flauzilino Araújo dos Santos, op. cit., p. 184.

51. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Registradores imobiliários e as ordens judiciais. Disponível em: <http://arisp.wordpress.com/category/mundo-registral>. Acesso em: 29.09.2008.

O registrador, quando efetuasse qualificação negativa e comunicasse ao juiz sua conclusão, não cometeria prevaricação em suas modalidades omissivas. Agiria em conformidade com a lei, na proteção de direito de outros e para a segurança dos registros. Faltaria, assim, elemento do tipo, essencial para a perpetração do delito, uma vez que ele só se configura quando o agente retarda ou deixa de praticar, *indevidamente*, ato de ofício.[52] Somente se posteriormente, em caso de reiteração judicial, persistisse o registrador em sua conduta, se poderia cogitar, em tese, de eventual infração penal.

Outra questão poderia surgir: cometeria prevaricação o registrador pelo fato de ter efetuado o ato, em cumprimento da ordem judicial, quando entendesse ser indevido o registro ou a anotação, em caso de reiteração da ordem pelo magistrado?

Acena Ricardo Dip com a possibilidade de crime, ao afirmar: "É interpelante pensar que um registrador, negando-se, com apoio em juízo adstrito à legalidade, a inscrever um título – suponha-se um mandado judicial –, não é suscetível de perpetrar crime de *desobediência*. Mas, diversamente, quando, após essa referida negativa, esse mesmo registrador, premido pela ameaça de prisão, resignar-se a ilegalmente inscrever o título, aí é que pode acaso cometer crime, o de *prevaricação* (art. 319, CP)."[53]

Também sobre hipótese semelhante, anos atrás, refletiu Hungria: "Recentemente, agitou-se a seguinte questão: qual o crime do funcionário administrativo (alheio à hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua *obtemperação*? Será o crime de *desobediência* (art. 330) ou o de *prevaricação* (art. 319)? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionário *extra officium* ou entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na hipótese formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal

52. O crime encontra previsão no art. 319 do CP: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa."

53. Dip, Ricardo Henry Martins. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores... cit.

(como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial). Fora daí, nada mais será cabível além de *pena disciplinar*, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente."[54]

A lição de Nélson Hungria não se ajeita, entretanto, ao caso retratado.

Para ele, o funcionário público poderia ser responsabilizado por prevaricação se descumprisse ordens ilegais de superiores hierárquicos. Em apoio a essa assertiva, tem-se no Código Penal que somente há exclusão de culpabilidade se o agente comete o fato em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22).

Ocorre que inexiste, na situação enfocada, relação de superioridade hierárquica entre juiz e registrador. A relação existente é entre dois órgãos independentes, ambos dotados de autonomia, em que, entretanto, em virtude da necessidade de serem obedecidas ordens expedidas por juízes em processos contenciosos, o registrador não tem outra conduta possível a não ser cumprir o que lhe foi determinado, em caso de insistência do magistrado.

Não lhe cabe, mais, após ter exposto ao juiz as suas razões e não as ver acolhidas, examinar da legalidade ou ilegalidade da ordem. O próprio Ricardo Dip, apesar de ventilar possível prevaricação, em outra reflexão, salientou que, em situação tal como a examinada, cabe ao registrador, em última instância, cumprir a ordem judicial.[55]

A situação enquadra-se, perfeitamente, como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa,[56] a qual exclui a culpabilidade. A propósito,

54. HUNGRIA, Nélson, op. cit., p. 379.

55. O desembargador ressaltou, em encontro sobre direito registral imobiliário, que "o registrador tem liberdade no momento de decidir se deve ou não registrar o título, no entanto, tem de acatar as ordens do juiz, na última instância" (RODRIGO, Fátima, op. cit.).

56. Relata Guilherme de Souza Nucci que "há intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da *inexigibilidade de outra conduta* como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica". Para o autor, contudo, "é perfeitamente admissível o seu reconhecimento no sistema penal pátrio. O legislador não definiu culpabilidade, tarefa que restou à doutrina,

leciona Aníbal Bruno que "não se pode considerar um ato juridicamente reprovável quando praticado em circunstâncias tais que tornam não exigível uma conduta conforme ao Direito. Nem reprovável, nem, portanto, culpável, desde que a culpabilidade se define como reprovabilidade. O juízo de reprovação sobre o ato só é legítimo até onde se pode exigir do agente um comportamento de acordo com a norma, e aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico."[57]

Não fosse tudo isso, faltaria, ainda, elemento essencial da prevaricação, aplicável às condutas omissivas ou comissivas: satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Conforme lição de Magalhães Noronha,[58] o crime de prevaricação "exige dolo específico: há de o funcionário agir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. É o escopo ou fim, sem o qual aquele desnatura podendo haver lugar outro. Interesse pessoal, diz o legislador, isto é, interesse da pessoa e, por isso, não há distinguir sua natureza. Qualquer que seja, patrimonial, material ou moral, é interesse: exprime uma relação psicológica entre a pessoa e um ato ou um objeto. *Sentimento,* vulgarmente, é dado como equivalente a emoção ou paixão(...) arrolam-se então, o amor, o ódio, a piedade, a parcialidade, o espírito de vingança, a subserviência, etc.".

Ao realizar uma qualificação negativa de documento ou ordem judicial, não age o registrador senão por força de seu ofício, não para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o direito é um dos seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos" (Op. cit., p. 158).

57. *Direito penal – parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. II, p. 101-102.

58. Destaca, ainda, o autor, reproduzindo trecho de acórdão do TJSP (Op. cit., p. 312): "Para a configuração do crime de prevaricação, é indispensável o elemento moral, isto é, ter sido o ato praticado para satisfazer a interesse ou sentimento pessoal. O simples retardamento de ato de ofício, por êrro ou negligência, sem propósito deliberado, sem intenção direta, poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza (...)." *RT* 233/311.

Conclui-se, assim, não encontrar amparo a determinação judicial para que o registrador efetue, imediatamente, algum registro, sob pena de desobediência. Há, para isso, previsão de prazo, em regra, de 30 (trinta) dias. Ademais, por exercer função de natureza pública, não cometeria o crime de desobediência, cujo sujeito ativo só pode ser particular. Também não existiria esse delito por faltar dolo, ou seja, vontade de desobedecer, na conduta do registrador. Quando deixasse de cumprir a determinação judicial por carência de algum elemento necessário para o registro, comunicando ao juiz a sua conclusão, agiria movido pela vontade de preservar direitos do titular do domínio e de terceiros e de observar as regras e princípios do direito registrário.

Também não ocorreria prevaricação. A atividade consistente em qualificação negativa, seguida de comunicação ao juiz das razões que a fundamentam, não é indevida, faltando, assim, elemento essencial para a caracterização do crime em suas condutas omissivas. A ação de, em caso de reiteração do juiz, efetuar o ato determinado, representa hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, pois não pode mais o registrador recusar cumprimento à ordem judicial. Por fim, tanto nas condutas omissivas quanto comissiva, não estaria presente elemento essencial do tipo penal: satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

6. A IMPOSSIBILIDADE DE SE REALIZAR PRISÃO EM FLAGRANTE NO CASO DE O REGISTRADOR NÃO CUMPRIR ORDEM JUDICIAL

Interessante questão reflexa de ordem processual advém da situação aqui examinada: poderia o registrador ser preso em flagrante se não cumprisse a ordem judicial para que efetuasse algum registro? Com base no acima expendido, logo decorreria a resposta de que, por inexistir crime na conduta do registrador, não se poderia pensar em situação de flagrância. Contudo, pela recorrência de situações em que se ameaça de prisão o oficial do registro imobiliário pelo não cumprimento imediato de uma ordem judicial, o tema impõe algum aprofundamento.

Conforme sublinha Tourinho Filho, "*flagrante*, do latim *flagrans*, *flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal".[59]

59. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 607.

É, tecnicamente, uma medida restritiva da liberdade, de natureza processual e pré-cautelar, realizada por órgão policial ou por qualquer do povo, não dependente de ordem judicial (art. 5.°, LXI da CF) e incidente sobre quem é surpreendido em uma das situações taxativamente enumeradas no art. 302 do CPP.[60] São todas situações denunciadoras da grande probabilidade de ter havido um crime e de ser o sujeito detido o seu autor e, por isso, justificadoras de determinação de recolhimento em prisão por autoridade policial (art. 304, § 1.°, do CPP). Esta verifica somente a presença do *fumus comissi delicti*, daí a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, ficando a sua manutenção dependente da verificação judicial da necessidade da custódia.

Feitas essas rápidas e sucintas considerações sobre a prisão em flagrante, impende examinar a questão acima suscitada sobre a possibilidade de aprisionamento do registrador, em dois momentos sucessivos: quando, pela primeira vez, realiza juízo de qualificação negativa e informa o juiz sobre a sua conclusão; quando, em caso de reiteração da ordem judicial, vê-se na necessidade, aí sim, necessariamente, de cumprir a determinação.

Ao não atender, em um primeiro momento, a ordem judicial, pelas razões exaustivamente expostas, não está o registrador imobiliário a praticar crime de desobediência ou de prevaricação. Incabível, somente por isso, a prisão em flagrante. Reiterada pelo juiz a sua determinação, com ameaça de prisão pela prática de desobediência ou prevaricação, também, aí, não seria possível a prisão em flagrante, pelos motivos a seguir arrolados.

Em qualquer dos dois momentos, impediria a imediata prisão em flagrante pela atitude omissiva do registrador o fato de existir um prazo para cumprir a ordem judicial.

Consoante ensina Heleno Cláudio Fragoso,[61] sobre o delito de desobediência: "pode o crime ser praticado por ação ou por omissão, conforme o conteúdo da ordem imponha uma conduta negativa ou

60. Segundo esse dispositivo, há situação de flagrância quando alguém: "I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração".

61. *Lições de direito penal – parte especial*. Forense: Rio de Janeiro, 1984, vol. 3, p. 459.

positiva. Consuma-se no momento e no lugar em que se concretiza o descumprimento da ordem. Se se tratar de uma omissão, o momento consumativo se verifica quando transcorre o prazo para cumprimento (se houver) ou o decurso de um lapso de tempo juridicamente relevante, a evidenciar o propósito de opor-se ao cumprimento da ordem".[62]

A respeito da prevaricação, esclarece Bento de Faria, "o retardamento se verifica quando o funcionário não realiza o ato que tem o dever de praticar no prazo prescrito, ou, em sua falta, em tempo útil para que produza seus efeitos normais, ainda quando a demora não determine a invalidade do ato sucessivamente realizado".

Explica, ainda, Nélson Hungria que: "o retardamento verifica-se quando o funcionário (*sensu lato*) não realiza o ato de ofício (todo e qualquer ato em que se exterioriza o exercício da função ou do cargo) dentro do prazo legalmente preestabelecido, pouco importando que o ato continue a ser praticável após a expiração do prazo, sem que possa ser declarada a sua invalidade. Diferencia-se da omissão (abstenção de prática do ato), pois nesta o agente deixa de praticar o ato com ânimo definitivo ou em tempo útil. Quer num, quer noutro caso, há de entender-se que o ato de que se trata é legítimo".[63]

No primeiro momento, a prisão restaria superada se o oficial, no prazo, realizasse qualificação positiva e se, em caso de qualificação negativa, informasse o juiz sobre a sua conclusão. No segundo, também ficaria afastada a prisão se, no tempo previsto em lei, cumprisse a ordem, ainda que com ressalva.

Permaneceria ainda uma questão pendente sobre a eventual possibilidade de prisão: em qualquer dos dois momentos, transcorrido o prazo, poderia se consumar o crime de desobediência ou o de prevaricação, e, assim, em tese, haveria viabilidade de prisão?

62. Assim também entendem Nélson Hungria (Op. cit., p. 419); Magalhães Noronha (Op. cit., p. 369); Julio Fabbrini Mirabete (Op. cit., p. 271): "Podendo ser o crime comissivo ou omissivo, a consumação ocorre no momento da ação ou da omissão ilícita, ou seja, após decorrido o prazo fixado pela autoridade ou lapso suficiente que caracterize o descumprimento da ordem" *RT* 499/304. "Na omissão, ou o agente praticou o ato no prazo, nada havendo a punir, ou, escoado aquele, estará consumado o crime"; e Paulo José da Costa Jr. (*Direito penal – curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 716).

63. Op. cit., p. 377.

Isso impõe uma reflexão sobre a natureza dos crimes de desobediência ou de prevaricação quando praticados de forma omissiva. Uma análise superficial da matéria conduziria a que, nos dois casos, se afirmasse a natureza permanente dos delitos, pois, cessado o prazo para ser uma ordem cumprida, enquanto não o fosse estaria o agente na prática da infração penal, como sustentou a Min. Ellen Gracie em sessão de julgamento do TSE, ao apreciar o AgIn 3.384,[64] em relação à desobediência. Como ilação dessa primeira inferência, sustentar-se-ia a possibilidade de prisão enquanto houvesse a permanência em virtude do que dispõe o art. 303 do CPP.[65]

A posição da ministra foi repelida pelo Min. Sepúlveda Pertence quando, no julgamento do AgIn 3.384 antes referido, concluiu, com os demais membros do Tribunal, não ser o crime de desobediência permanente, sustentando que "o crime é não obedecer à ordem (...), que se consuma imediatamente, ou quando se exaure a oportunidade de dar-lhe cumprimento, com o termo do prazo acaso concedido, não o elidindo fato posterior algum que faça cessar aquela situação".[66]

64. A permanência do delito de desobediência na forma omissiva foi afirmada no Ac 3.384, pelo TSE (AgIn 3.384, *DJ* 06.09.2002), pela Min. Ellen Gracie. Sustentou que a consumação do crime de desobediência, quando se apresenta na forma omissiva, não é pontual ou instantânea, concluindo que a permanência da conduta faria persistir a condição delituosa do agir. Em consequência, citando Biagio Petrocelli, extrai que "existe tal infração penal quando em um dado momento, o crime se completa e se realiza em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha ou ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito". Na ocasião, o voto da eminente Ministra não prevaleceu, sendo refutado pelo entendimento dos demais Ministros, ao argumento de que a consumação da desobediência se exaure com a ação proibida ou com a omissão do ato determinado pelo mandado judicial, não elidindo a sua observância extemporânea.

65. É o que, de forma singela, sem maior aprofundamento, refere Hely Lopes Meirelles: "O não atendimento do mandado judicial caracteriza o *crime de desobediência a ordem legal* (art. 330, CP), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito" (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*, habeas data. 20. ed. atual. por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92).

66. Cita o Min. Sepúlveda Pertence julgamento do STF proferido no Inq 353, em 20.09.1991, quando, por votação unânime, concluiu-se que o delito de

Ademais, a exegese contrária geraria um efeito inaceitável: o de que, nos casos omissivos, a desobediência permitiria a prisão do agente pelo tempo, por mais longo que fosse, até eventual prescrição, em que persistisse em sua intenção de não cumprir a ordem do funcionário público.

Esse ponto foi objeto de realce pelo Min. Barros Monteiro. Embora se cuidasse no caso de verificação de prescrição, destacou que "o crime em questão é instantâneo, mesmo na modalidade omissiva. O cerne da figura delitiva é o descumprimento da ordem emanada". Além disso, acentuou que "no crime permanente, a conduta do agente se protrai e, enquanto praticada, justifica a prisão em flagrante – art. 303 do CPP". Assim, ainda que permanecessem as condutas delituosas, afirmou categoricamente: "ninguém cogitaria da prisão em flagrante nos dias que se seguiram ao término do prazo concedido".

Ora, se assim é, fica difícil, quase impossível, sustentar a possibilidade de prisão em flagrante por desobediência ou prevaricação nos casos em que há prazo para cumprimento de uma ordem judicial. Cessado o prazo, o crime estaria consumado, instantaneamente, e, transcorrido pequeno lapso de tempo, desapareceria a situação de flagrância. Somente há uma solução. Se o juiz entende estar caracterizado, em tese, o crime de desobediência ou prevaricação, deve, por força do art. 40 do CPP, encaminhar peças ao Ministério Público, sem que se efetue prisão em flagrante.

Outras razões, amplamente destacadas pela jurisprudência, do STJ inclusive, demonstram também não ser possível prisão em flagrante do registrador.

O primeiro dos fundamentos gira em torno da natureza da prisão e da forma como pode ser efetivada. Trata-se de prisão em flagrante, que não é cumprida por mandado judicial, ela se executa quando há situação de flagrância (art. 302 do CPP).[67]

desobediência se consuma no dia em que expira o prazo para cumprimento da ordem judicial.

67. O Des. Jamil Rosa de Jesus Oliveira, no julgamento do HC 2006.01.00.033120-7/BA, afirmou que em hipótese de prisão em flagrante por crime de desobediência, "não cabe ao juiz dar a respectiva ordem, pois se trata de prisão sem mandado" (TRF-1.ª Reg., *DJU* 13.10.2006).

Ora, como poderia o juiz cível ou trabalhista determinar, por mandado, prisão em flagrante? Em vários acórdãos, mostram o STJ e Tribunais Regionais Federais que o juiz cível ou trabalhista somente pode decretar prisão em casos de depositário infiel e de devedor de alimentos (art. 5.°, LXVII, da CF).

Trata-se de antiga orientação do STJ.

Assim, no julgamento do HC 4.030/SP, em 1996 (*DJ* 26.02.1996, p. 4028), afirmava o relator, Min. Assis Toledo, citando já precedentes (REsp 21.021/GO, RHC 2.789/SP, HC 4.059/PR): "No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (art. 5.°, LXVII, CF)."

Continua aquele Tribunal a perfilhar tal orientação: HC 18.610/SP, rel. Min. Gilson Dipp; HC 4.031/DF, rel. Min. José Dantas; HC 32.326/AC, rel. Min. Paulo Medina.

No mesmo sentido, vários julgamentos dos Tribunais Regionais Federais:

"Tanto o juiz cível quanto o trabalhista não têm poderes para expedir mandado de prisão fora dos casos de depositário infiel e de devedor de alimentos" (TRF-1.ª Reg., HC 2006.01.00.033120-7/BA, *DJU* 13.10.2006, *Boletim IBCCrim* 168/1036).

"Não tendo o magistrado, em sua jurisdição cível, competência para determinar prisão estranha ao seu âmbito de atuação, o descumprimento à ordem judicial não configura o crime de desobediência" (TRF da 1.ª Região., HC 01000489241, *DJU* 08.03.2002, p. 62, *Boletim IBCCrim* 115/618).

"Juiz cível não pode adotar a prisão de servidor público, como forma de compelir o acusado, órgão da administração, a cumprir decisão judicial" (TRF-2.ª Reg., HC 96.02.30368-9/RJ, *DJU* 23.09.1997, p. 77.038, *RBCCrim* 20/397).

"Juiz Trabalhista: Não se tratando de flagrante delito, não se pode decretar prisão por desobediência, cabendo, se entender configurado o delito, remeter as peças necessárias ao Ministério Público Federal" (TRF-5.ª Reg., HC 479, *DJU* 10.03.1995, p. 12.615).

Essa questão foi objeto de percuciente explicação do Des. Hugo Machado, no julgamento do HC 235/PE, TRF-5.ª Reg. Depois de referir,

como outros fizeram, ser a autoridade cível incompetente para expedir ordens de prisão em flagrante, com precisão esclarece:

"O prolator da ordem, supostamente descumprida, não é a autoridade competente a que se refere o dispositivo constitucional. É verdade que a prisão poderia ocorrer em flagrante delito, independentemente da ordem da autoridade competente. Mas, parece-me que ao dar esta ordem o Juiz já está dizendo para a autoridade policial que o flagrante estaria configurado, sem deixar àquela autoridade policial a atribuição de aquilatar a ocorrência ou não do flagrante. Esta prisão 'em flagrante' terminaria por ser – e, na verdade tem sido – uma prisão por ordem de autoridade, que, a meu ver, não é a autoridade competente. O policial, nesses casos, não questiona a determinação do Juiz, ele vai e efetua a prisão. Parece-me que admitir possa o Juiz prolator da ordem determinar a prisão, ainda que com eufemismo de que está determinando uma prisão em flagrante – porque prisão em flagrante não se determina, se efetua; quem constata é quem vê a conduta delituosa – estaria determinando uma prisão, com um suposto fundamento no preceito constitucional que permite a prisão por ordem de autoridade judiciária competente, desde que escrita e fundamentada."

Aplica-se essa clara explanação à presente análise. A autoridade policial não poderia jamais cumprir a ordem e prender o registrador, pois se encontraria diante de infração de menor potencial ofensivo, com regime próprio a respeito da prisão em flagrante. De fato, a pena máxima cominada aos referidos delitos, consoante se observa nos arts. 319 e 330 do CP, é inferior a dois anos, o que os inserem na categoria das infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas à aplicação da Lei 9.099/1995. Em tais infrações, não se admite prisão em flagrante se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, Lei 9.099/1995). A única providência a ser tomada pelo delegado de polícia seria a lavratura de termo circunstanciado (*caput* do art. 69, Lei 9.099/1995) e seu encaminhamento ao Juizado Especial Criminal.

O Des. Jamil de Jesus Oliveira, no HC 2006.01.00.033120-7/BA, após salientar que, em situação de flagrância, realiza-se a prisão, não se cumpre mandado, ponderou: "mas isso sequer seria possível no caso, pois, cuidando-se de infração classificada como de menor potencial ofensivo – aquela a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos –, ela em princípio não comporta prisão em flagrante, desde que, lavrado o termo circunstanciado e encaminhado ao juizado, assumindo o autor

o compromisso de a ele comparecer. (Cf. art. 69, Lei 9.099/1995). Não alteraria tal conclusão, vale ressaltar, eventual classificação jurídica da suposta conduta do paciente como crime de prevaricação, pois também este delito, punido com a pena de 03 (três) meses a 01 (um) ano de detenção, se inscreve como infração de menor potencial ofensivo".

É também a posição adotada pelo STJ: HC 19.071/MA, rel. Min. Félix Fischer; HC 30.390/AL, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; HC 19.571/MT, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 442.035/RS, rel. Min. Gilson Dipp.

No mesmo sentido, o entendimento doutrinário de Carlos Frederico Coelho Nogueira[68] e Silvia Dip.[69]

Conclui-se, portanto, que o registrador não poderia ser preso em flagrante por desobediência ou prevaricação, porque ausentes as hipóteses de flagrância previstas em nossa legislação processual penal, porque incabível determinação de prisão em flagrante por juiz cível ou trabalhista, ou, ainda, porque aqueles crimes constituem infrações de menor potencial ofensivo, submetidos à aplicação da Lei 9.099/1995, a qual não permite a prisão quando o autor do fato assume compromisso de comparecer perante Juizado Especial Criminal, se convocado.

68. Argumenta o autor que "ainda que se configurasse uma dessas situações de flagrância, *não poderia haver prisão em flagrante*, pois a pena máxima dos crimes de desobediência e de prevaricação é inferior a 2 anos de detenção. Por essa razão, os *dois crimes são infrações penais de menor potencial ofensivo*, diante da expressa definição constante do art. 61 da Lei 9.099/1995 (com sua redação atual), o que equivale dizer que são de competência dos Juizados Especiais Criminais (Jecrims). Por serem de competência dos Jecrims, a eles se aplica o parágrafo único do art. 69 da dita Lei 9.099/1995, bem como seu *caput*, segundo os quais a única providência a ser tomada pelo delegado de polícia, chegando ao seu conhecimento a prática de uma infração dessas, é a elaboração do *termo circunstanciado* (TC), liberando em seguida o suposto autor do delito (se este lhe tiver sido apresentado), *ao qual não se imporá prisão em flagrante se se comprometer a comparecer perante o Jecrim*, quando vier a ser convocado para tanto" (Op. cit.).

69. "De qualquer forma, ainda que fundada fosse alguma tipificação penal para o ato do registrador, em nenhuma o descumprimento da ordem judicial poderia levar à prisão em flagrante do registrador. É que o crime de desobediência, regido pela Lei 9.099/1995, proíbe a prisão em flagrante no caso de promessa de comparecimento do suposto infrator ao Juizado (art. 69, parágrafo único)" (Op. cit.).

7. O CABIMENTO DE *HABEAS CORPUS* EM CASOS DE AMEAÇA DE PRISÃO DOS REGISTRADORES EM ORDENS JUDICIAIS

Apesar de tudo o que foi exposto, tem ocorrido a expedição de mandados judiciais com a seguinte observação: "a fim de ser imediatamente cumprido sob pena de prisão por crime de desobediência". Importa, então, verificar o remédio de que disporia o registrador para se opor a tal determinação.

Em tese, poderiam ocorrer duas situações: o oficial de justiça e a autoridade policial cumprem a determinação do juiz e se efetua a prisão; a prisão não é efetivada, permanecendo a ameaça de sua eventual concretização. O remédio para coibir violência consumada contra a liberdade do oficial do registro imobiliário será o "*habeas corpus* liberatório" e para evitar a materialização da ameaça o "*habeas corpus* preventivo", ambos extraídos diretamente do art. 5.º, LXVIII, da CF/1988: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por *ilegalidade* ou *abuso de poder*".

Os fundamentos que sustentariam os pedidos gravitam em torno da idéia anteriormente fixada de que não é possível a prisão em flagrante pelos seguintes motivos: (a) inexistiria crime de desobediência ou prevaricação nos casos em que o registrador, em virtude de qualificação negativa de títulos ou ordens judiciais, informasse primeiramente o juiz a respeito de sua conclusão e, depois, no prazo legal, cumprisse a ordem, faltando portanto pressuposto essencial para a prisão; (b) inexistiria situação de flagrância, após o decurso do prazo, pois eventual crime se consumaria logo em seguida ao vencimento do prazo, não estando presente o requisito da atualidade;[70] (c) o juiz cível ou trabalhista não pode determinar uma prisão em flagrante; (d) não é possível prisão em flagrante em casos de infrações de menor potencial ofensivo, sendo admissível apenas a elaboração de um termo circunstanciado.

70. Salienta Romeu Pires de Campos Barros que "a atualidade resulta diretamente da situação de flagrância, reveladora de que algum fato delituoso estava acontecendo no momento da prisão ou pouco antes. Aliás, o próprio significado da palavra *flagrante* indica uma situação de atualidade". *Processo penal cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 118-119.

O próprio oficial terá legitimidade para impetrar *habeas corpus* em seu benefício (*caput* do art. 654 do CPP)[71]. Mas, ante a relevância do instituto, a Constituição, pelo art. 5.°, LXVIII, e o Código, pelo art. 654, *caput*, permitem a qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica, aí se incluindo uma associação de registradores, impetrar ordem de *habeas corpus* em favor de pessoas físicas.[72]

Vale transcrever lição de Pontes Miranda: "A pessoa jurídica não pode pedir *habeas-corpus* para si, porque só a pessoa física é por ele protegida; mas tem a legitimação de pedir para outrem, que seja pessoa física. Os que sustentaram que a pessoa jurídica não podia impetrar para a pessoa física o remédio jurídico do *habeas-corpus*, erravam palmarmente. Mas isso foi repelido (...) Se há interesse da pessoa jurídica na proteção do coacto ou ameaçado de coação, não se poderia negar à pessoa jurídica a legitimação à tutela jurídica de alguma pessoa física. É o que acontece com a empresa, de que foi vítima de violência, ou ameaça, algum diretor, sócio, associado, confrade, pessoa de classe a que a empresa promete proteção ou protege, como sociedade de caridade, hospital, associação ou fundação com finalidade de defesa dos seres humanos, ou de determinados grupos ou famílias, ou raças, ou religiões".[73]

De forma bastante enfática, prelecionava Eduardo Espínola Filho: "Óbvio que uma pessoa jurídica pode impetrar *habeas-corpus* em favor de pessoa natural, cuja soltura, em muitos casos, interessa diretamente àquela, como nos de prisão, ou ameaça, de diretor, sócio, associado, confrade. Nem se reclama tenha o impetrante interesse na soltura do

71. De acordo com este dispositivo, "o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público".

72. Heráclito Antonio Mossim faz uso da expressão latina *ubi lex non destinguet, nemo poteste distinguere* para definir que "o art. 654, do CPP, ao fazer menção à impetração por 'qualquer pessoa', nela faz compreender também a pessoa jurídica" (*Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 1996, p. 141).

73. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 31.

paciente, ou em livrá-lo da ameaça; nenhuma ligação de parentesco, de amizade, de negócios, se requer, relacionando-os."[74]

Esses antigos ensinamentos são largamente acolhidos pela doutrina: Tourinho Filho,[75] José Frederico Marques,[76] Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha,[77] Pinto Ferreira,[78] Denilson Feitoza Pacheco.[79]

Inequívoca, portanto, a legitimidade da pessoa jurídica para a impetração de *habeas corpus* em favor de pessoa física, sendo que o âmbito dessa legitimidade abarca tanto o uso de *habeas corpus* liberatório quanto o preventivo.

Mas a salvaguarda posta pelo legislador por meio do *habeas corpus* não se circunscreve a situações em que, de alguma forma, há um constrangimento ou ameaça decorrentes de ordens judiciais já expedidas. Serve ele também para resguardar qualquer pessoa contra futuras ameaças, previsíveis em virtude de ocorrências prévias.

A "amplitude da proteção conferida ao indivíduo pelo *habeas corpus* decorre, fundamentalmente, da possibilidade de sua concessão em caráter preventivo, permitindo que o Judiciário se antecipe na apreciação da legalidade de uma prisão, antes mesmo de que esta se concretize (...) Nesta hipótese, pede-se a tutela antecipadamente, para evitar que a ameaça de prisão se efetive".[80]

74. *Código de Processo Penal brasileiro anotado. Comentários aos arts. 647/695.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, vol. 7, p. 214.
75. *Processo penal.* 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 503.
76. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. 4, p. 410.
77. *Dos recursos no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 215.
78. O autor menciona que também indicam tal possibilidade, além de Pontes de Miranda e Espínola Filho, Florêncio de Abreu e Magalhães Noronha. Cita, outrossim, dois julgados que admitem a impetração do *habeas corpus* por pessoa jurídica, em benefício de uma pessoa física que lhe interesse. *Teoria e prática do* habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 41-42.
79. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.* 3. ed., rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da "Reforma do Judiciário". Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 1354.
80. Grinover, Ada Pellegrine; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 345.

Há duas situações distintas de ameaça ilegal, sugerindo dois tipos de *habeas corpus* preventivos. Em uma, o constrangimento está prestes a ocorrer, ante a existência de uma ordem ilegal de prisão, como sucede com a expedição de um mandado ainda não cumprido. Aí, para proteção da liberdade, basta que se determine o recolhimento do mandado. Em outra, não há no momento uma ameaça imediata decorrente de alguma ordem judicial, mas, em virtude de atos anteriores, vislumbra-se real risco de que outras medidas ilegais venham a se repetir. Para esse caso, a lei prevê o salvo-conduto, documento que serve como garantia contra futura prisão em situação similar à considerada ilegal.

Considerando-se haver notícia de que tem sido usual a expedição de mandados com ameaças de prisão de registradores por desobediência, o oficial, para se proteger de ordens futuras do mesmo teor, poderia pleitear a concessão de *habeas corpus* preventivo com a expedição de salvo-conduto, para o fim de não ser preso em flagrante quando recebesse, para cumprimento, ordem judicial com determinação de efetivação de registro.

O pedido pode, também, com os mesmos objetivos, ser postulado por uma associação de registradores, visando à proteção preventiva de seus associados.

Vários acórdãos concederam ordens preventivas de *habeas corpus* em casos análogos de impetração por bancos, em favor de seus funcionários – gerentes, conforme se extrai das seguintes ementas:

"*Habeas corpus*. Diretores, superintendentes e gerentes de agências do Banco Itaú S.A. Expedição generalizada, por autoridades judiciárias, de mandados de entrega imediata, em cruzeiros, de quantias bloqueadas, em cruzados novos, com cominação de prisão por pretenso crime de desobediência. Configuração de constrangimento ilegal, por tratar-se, na hipótese, de depósitos que, por força de lei, foram transferidos em bloco, para o Banco Central do Brasil, escapando, por essa forma, a administração das instituições financeiras a que se achavam vinculados e, conseqüentemente, ao poder de disposição dos pacientes, a quem cumpre, tão-somente, registrar a ordem judicial e fazer a devida comunicação a referida autarquia, para as providências necessárias ao cumprimento do mandado. Ordem concedida" (STF, HC 69.024/RJ, j. 04.02.1992, 1.ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 21.02.1992).

"*Habeas corpus* originário. Proteção preventiva. Liberação de cruzados novos bloqueados. Crime de desobediência. Decisão de Tribunal

Regional que indeferiu a súplica requerida em favor dos servidores do Banco Itaú S.A. Constituem constrangimento ilegal, reparável através do remédio heróico, os mandados de intimação expedidos pelos juízes federais, apontados como coatores, para que funcionários-gerentes do Banco Itaú S.A. cumpram ordem de conversão de cruzados novos em cruzeiros, de ativo financeiro de interessados, com a ordem de imediato pagamento, sob pena de prisão por crime de desobediência. Ordem de *Habeas corpus* preventivo que se concede" (EDcl no HC 796/SP, 6.ª T., j. 19.11.1991, rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, *DJ* 09.12.1991, p. 18.045).

"Criminal. *Habeas Corpus* Preventivo. Gerentes bancários. Decisões judiciais conflitantes. Destino de recursos depositados em conta-corrente bloqueada. Crime de desobediência. Ameaça ao direito de ir e vir. Inexistência. Perda do objeto. Ordem prejudicada. Liminar cassada. Hipótese na qual os pacientes, gerentes de instituição bancária, se dizem ameaçados de terem sua liberdade cerceada, pela possibilidade de ocorrência de crime de desobediência, em virtude de decisões judiciais conflitantes, as quais dão destinação diversa a valores depositados em conta-corrente bloqueada. Evidenciado o cumprimento da ordem emanada pelo Juízo estadual e a suspensão do feito em trâmite no Juízo Federal, resta descaracterizada a existência de decisões judiciais conflitantes, ameaçadoras da liberdade dos pacientes, pela apontada possibilidade de prisão por crime de desobediência. Ordem prejudicada, cassando-se a liminar anteriormente deferida" (HC 37.225/RJ, 5.ª T., j. 21.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 01.07.2005, p. 573).

8. Conclusões

Na atividade de qualificação, o registrador deve realizar um juízo prudencial e técnico na análise de todos os documentos que lhe são apresentados, inclusive os judiciais. Age com autonomia, por força da imperatividade inerente à sua função, a qual, apesar de seu caráter privado, é, na sua essência, de interesse público. Trata-se de atividade personalíssima, intransferível e o registrador a executa sem depender da manifestação de outrem e sem realizar consulta a órgão judiciário.

Quando conclui pela inaptidão do documento para ingressar no caderno registral, deve atentar aos princípios que norteiam o seu juízo prudencial: da autonomia, da continuidade, da especialidade, da disponibilidade e da legalidade. Todos eles são informados pela razão principal

de seu mister: a segurança dos registros imobiliários e, por consequência, a firmeza das relações jurídicas sobre direitos reais.

Não pode o registrador se eximir de efetivar qualificação negativa se, ao deparar com título ou ordem judicial, verificar a falta de requisitos extrínsecos e intrínsecos para a feitura do registro ou da anotação. Por outro lado, não pode, por necessidade de preservação da ordem jurídica, deixar de dar cumprimento às determinações do Poder Judiciário, quando extraídas de decisões proferidas em processos jurisdicionais.

A solução para essas duas exigências contrapostas pode, a grosso modo, derivar de três caminhos: (a) o registrador emite um juízo de qualificação negativa e devolve o título ao interessado, ou, em caso de ordem judicial, comunica ao juiz as suas razões; (b) o registrador submete a matéria à apreciação do juiz corregedor; (c) o registrador cumpre simplesmente a determinação judicial.

As duas últimas vias (*b* e *c*) não podem ser aceitas. O registrador realiza juízo prudencial dotado de imperatividade e, no exercício pessoal e intransferível de sua atividade, não pode mais, na atualidade, por força de sua autonomia, deixar de decidir, efetuando consultas ao juiz corregedor. O simples e sistemático cumprimento da ordem não é possível, eis que deixaria o registrador de cumprir seu dever de ofício.

Restaria a primeira alternativa (*a*). Contudo, ela não resolve de forma definitiva o impasse. Pode o juiz, uma vez operada a devolução do título, entender que não há razão para a recusa do seu registro, caso em que poderá no exercício de seu poder jurisdicional reiterar a primeira determinação, ratificando-a em nova ordem.

Em caso de reiteração, não resta ao registrador outro caminho a não ser cumprir a determinação judicial. A decisão proferida em processo contencioso, após transitar em julgado, é imperativa e imutável, deve ser seguida pelas partes e aceita por terceiros como fato jurídico, sem prejuízo de que eventuais prejudicados possam defender seus direitos também por via judicial. Prevalece, até mesmo, sobre decisão proferida por juiz em processo administrativo.

Embora seja comum estar a ordem destinada ao registrador acompanhada de observação no sentido de que deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de desobediência, nem se pode impor o cumprimento imediato da ordem, nem há prática de desobediência ou mesmo prevaricação.

Contra a determinação de cumprimento imediato, antepõe-se a previsão em lei prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento de pedido ou ordem para a realização de ato de registro ou averbação (art. 188 da LRP).

Não há cometimento de desobediência por dois motivos essenciais: não pode o funcionário público, no exercício de suas atividades próprias, ser sujeito ativo deste crime, e falta dolo na conduta do registrador, pois não age ele movido pela vontade de desobedecer a ordem judicial, mas de cumprir o seu dever de realizar qualificação.

Também não há prática de prevaricação. Faltaria nas condutas omissivas de "retardar ou deixar de praticar ato de ofício" o elemento do tipo "indevidamente", uma vez que o registrador age em conformidade com a lei na proteção de direito de outros e na preservação da segurança dos registros. Por outro lado, não se configuraria o crime na conduta comissiva de "praticar ato de ofício contra expressa disposição de lei", porque, como antes expendido, o registrador, em caso de reiteração da ordem judicial, não tem outra conduta possível a não ser cumprir o que lhe foi determinado. Enquadra-se essa situação, perfeitamente, como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. Por fim, faltaria, sempre, nas condutas omissivas ou comissivas, outro elemento essencial da prevaricação – satisfação de interesse ou sentimento pessoal –, pois o oficial do registro imobiliário, ao realizar uma qualificação negativa de documento ou ordem judicial, não age senão por força de seu ofício, e não para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Não pode o registrador ser preso em flagrante quando recebe para cumprimento ordem judicial.

Inexiste situação de flagrância, em relação à desobediência ou prevaricação, enquanto não decorre o prazo para o cumprimento da ordem judicial. Por outro lado, ultimado o prazo, o crime já se consumaria, não se podendo mais efetuar prisão em flagrante por ausência do requisito da atualidade, pois só aparentemente os crimes de desobediência e prevaricação, em sua modalidade omissiva, são de natureza permanente. Como acentuaram o STF e o TSE, decorrido o prazo, o crime se consuma instantaneamente.

Não seria cabível a prisão, ainda, por duas outras razões. A prisão em flagrante se executa, não é determinada por mandado. Não pode o juiz, por mandado, impor à autoridade policial que prenda em flagrante, pois cabe a ela, verificar em cada caso, se tal ato é possível. A autori-

dade judiciária civil ou trabalhista somente pode determinar prisão nas hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos. Ainda, a desobediência e a prevaricação são infrações de menor potencial ofensivo e, quando ocorrem, nos termos da Lei 9.099/1995 (art. 69, parágrafo único), não permitem prisão em flagrante do autor do fato, mas somente a elaboração de termo circunstanciado.

Pode o oficial, ou mesmo uma associação de registradores, impetrar *habeas corpus*, seja para superar constrangimento já ocorrido ou para evitar que ele se concretize. Em caso de risco de prisão, em virtude de fatos anteriores, podem pleitear salvo conduto por meio de *habeas corpus* preventivo.

BIBLIOGRAFIA

AMADEI, Vicente de Abreu. Encontro "Café com Jurisprudência", realizado no Cartório do Primeiro Tabelião de Notas de Protesto de Letras e Títulos de Barueri, em 31.08.2008. *Boletim do IRIB em Revista* 333/35, São Paulo, out.-dez. 2007.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARRUDA AUGUSTO, Eduardo Agostinho. A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento. *RDI* 64/215. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BRASIL. Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal. GOMES, Luiz Flávio (org.). 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004 (coleção RT mini-códigos).

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. II.

CHICUTA, Kioitsi. Qualificação dos títulos judiciais. In: DIP, Ricardo Henry Martins (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal – Curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas (atualizado de acordo com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008)*. Campinas: Millenium, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIP, Ricardo Henry Martins. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. *RDI* 53/81. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2002.

_____. Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis. *RDI* 64/243. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

_____. Exposição feita no 23.º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis em Belem do Pará. *Boletim do Irib em Revista* 333/79, São Paulo, out.-dez. 2007.

_____. Sobre a qualificação no registro de imóveis. *RDI* 29/33. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1992.

_____. Sobre o saber registral (da prudência registral).In: _____. *Registro de imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: SafE, 2005.

DIP, Silvia. Qualificação registral de títulos judiciais e crime de desobediência. Disponível em: <http://arisp.wordpress.com/2008/02/26/titulos-judiciais-qualificacao-e-crime-de-desobediencia/>. Acesso em: 19.09.2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado. Comentários aos arts. 647/695*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 7.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERREIRA, Pinto *Teoria e prática do* habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 3.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 9.

JACOMINO, Sérgio. A penhora e o procedimento de dúvida. *RDI* 64/256. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – Parte especia: dos crimes contra a fé pública e dos crimes contra a administração pública*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4.

KONNO, Alyne Yumi. *Registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal. Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*. 4. ed. rev. e atual. Com remissões ao Anteprojeto de Código Penal de Nélson Hungria e comentários a recentes leis. São Paulo: Saraiva, 1971. vol. 4.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. 4.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*, habeas data. 20. ed. atual. por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte especial, arts. 235 a 361 do CP*. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 3.

_____. *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSSIM, Heráclito Antonio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Registradores imobiliários e as ordens judiciais. Disponível em: <http://arisp.wordpress.com/category/mundo-registral>. Acesso em: 29.09.2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da "Reforma do Judiciário". Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PAIVA, João Pedro Lamana. Processo civil e serviço registral. *Boletim do Irib em Revista* 333/50, São Paulo, out.-dez. 2007.

PASSOS, Tatiana. *Registro de imóveis para profissionais do direito: guia prático para o cotidiano jurídico-imobiliário-registral*. 2. ed. Campinas: Russel, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do* habeas-corpus: *direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SALLES, Venício Antonio de Paula. Títulos judiciais e o registro de imóveis. *RDI* 56/201. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

SANTOS, Flauzilino Araújo. Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil. *RDI* 56/175. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. *Prática de registro de imóveis*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Martins (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004.

RODRIGO, Fátima. Direito registral imobiliário: diálogo entre magistrados e registradores: repercussão do registro na atividade judiciária. *Boletim do Irib em Revista* 333/44, São Paulo, out.-dez. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

2
A admissibilidade da animação forense como meio de prova no Poder Judiciário

Caroline Sampaio de Almeida

Mestre em Direito pela PUC-PR. Bolsista de Apoio Técnico a Pesquisa do CNPq (2006-2008). Membro do Ibet. Secretária da Comissão de Vítimas de Crime da OAB-PR. Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas do Advogado da OAB-PR, Subseção São José dos Pinhais. Conselheira do Conselho Municipal de Contribuintes de São José dos Pinhais/PR (gestões 2006-2008 e 2008-2010). Advogada.

Cinthia O. de A. Freitas

Doutora em Informática pela PUC-PR. Mestre em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela UTFPR. Professora Titular da PUC-PR nos cursos de graduação em Ciência da Computação, Engenharia de Computação e Direito. Pesquisadora dos Programas de pós-graduação em Direito e Informática, ambos na PUC-PR. Líder do grupo de pesquisa em Computação Forense e Biometria da PUC-PR. Coordenadora do projeto de pesquisa: "Análise de Cenários de Crimes através de Modelos 3D".

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Comparado

Resumo: A animação forense por meio da modelagem 3D constitui, atualmente, uma das principais ferramentas de perícia, que interage com diversos aspectos técnicos do processo de investigação a fim de viabilizar uma compreensão mais global e apurada do objeto investigado. Apesar de ser relativamente recente o seu uso no Brasil, torna-se de extrema relevância a discussão acerca de sua admissibilidade como meio de prova nos tribunais, de forma a evitar abusos e distorções que podem conduzir a erros de interpretação. Diante disso, são bastante úteis as experiências de países onde esse

Abstract: The forensic animation by means of 3D modeling currently constitutes, in a wide way, one of the main legal reporting tools that interact with several different technical aspects of the investigation process, in order to make possible a global and more accurate understanding of the object of investigation. Although it has been used relatively recently in Brazil, the discussion about its admissibility as a way of evidence in courts has become extremely relevant, in order to avoid misuses and distortions which might lead into interpretation mistakes. In face of this, the experiences in countries where

eficaz instrumento pericial há tempo e de forma freqüente vem sendo utilizado, especialmente no Direito norte-americano. Na medida em que a animação forense facilita a demonstração de complexos e relevantes fatos da causa, a sua utilização ilimitada pode acarretar prejuízos. É nesse contexto que se invoca o direito para impor limites às partes que pretendem o uso desse meio de prova.

Palavras-chave: Animação forense – Modelagem 3D – Admissibilidade – Prova pericial.

this effective reporting tool has been frequently, and for some time been used, are very useful, especially regarding the North American Law. Whereas the forensic animation favors the demonstration of complex and relevant facts regarding the cause, its unlimited use might originate damages. It is within this context that law is invoked to set limits to the parts willing to make use of this means of evidence.

Keywords: Forensic animation – 3D modeling – admissibility – Legal evidence.

Sumário: Introdução – 1. Breve análise da prova pericial no processo penal brasileiro:1.1 Princípios e métodos; 1.2 A perícia sob a ótica da criminalística dinâmica – 2. A importância e utilidade da animação forense: 2.1 Regulamentação norte-americana sobre o assunto; 2.2 Diretrizes para a admissão da animação forense como meio de prova; 2.3 Casos práticos – 3. Conclusão – Agradecimentos – Referências bibliográficas.

"O dever de um perito é dizer a verdade; no entanto, para isso é necessário: primeiro saber encontrá-la e, depois querer dizê-la. O primeiro é um problema científico, o segundo é um problema moral."

Nerio Rojas

Introdução

A animação forense constituída por meio da modelagem 3D tem sido uma poderosa e eficaz ferramenta de perícia para o deslinde de casos em análise. Trata-se de uma prova pericial produzida sob a ótica da criminalística dinâmica, na medida em que interage com diversos aspectos técnicos do processo de investigação, viabilizando uma compreensão mais global e apurada do objeto investigado.

Apesar de todas as vantagens da animação forense, sua admissão como meio de prova nos tribunais, todavia, merece uma atenção especial a fim de evitar abusos e distorções que podem conduzir a erros de interpretação.

Para tanto, faz mister estudar o tratamento processual despendido à animação forense no Direito norte-americano, onde esse tipo de prova pericial é constantemente utilizado.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, porém, far-se-á uma breve análise da prova no processo penal brasileiro, com suas características e espécies.

Na sequência, serão abordadas as principais discussões existentes no Direito norte-americano sobre a admissibilidade da animação forense enquanto meio de prova nos tribunais, analisando-se a respectiva regulamentação já existente.

Por fim, serão apresentadas algumas diretrizes de análise prévia da animação forense a serem realizadas por peritos, para evitar questionamentos futuros, até mesmo óbices na admissibilidade da prova nos processos, bem como três casos paradigmáticos sobre o assunto.

1. Breve análise da prova pericial no processo penal brasileiro

O direito penal contém as normas sociais mais arraigadas na consciência humana e, conseqüentemente, as mais pesadas sanções contra a violação de tais normas (privação da liberdade, sanção pecuniária, perda da capacidade para o exercício de cargos públicos, etc.). Tratam-se as sanções penais de instrumentos perigosos, cabendo à sociedade civilizada cercá-los de inúmeros cuidados e desenvolvê-los, a fim de que sejam adequadamente empregados.

É nesse contexto que se destaca a importância da prova no processo penal, bem como os requisitos válidos para a sua admissibilidade, visando salvaguardar direitos e garantias fundamentais da sociedade. De acordo com Dorea, conceitua-se prova como:

"O conjunto de meios idôneos, visando a afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao Juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência, ou inexistência dos fatos deduzidos em Juízo."[1]

No mesmo sentido, Mirabete pontifica que:

"*Provar* é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre a situação de

1. Dorea, Luiz Eduardo. *Criminalística*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005, p. 73.

fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo."[2]

Atualmente, o sistema de valoração de provas predominante e adotado pelo Código de Processo Penal é o de livre convencimento motivado, também denominado sistema da persuasão racional, consoante disposto em seu art. 157. Segundo esse sistema, é permitido ao magistrado valorar livremente as provas produzidas pelas partes. Todavia, o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: "o que não está nos autos não está no mundo".[3]

No campo do processo penal, há três possibilidades distintas de a prova se manifestar em Juízo, cuja previsão legal encontra-se no Título VII ("Da Prova"), arts. 155 e ss. do CPP, a saber: "testemunhal, documental e material. Nesta última está compreendida a perícia, que corresponde ao exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se *perícia*, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova *real*, porque incide sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exame sem participar das atividades de extração de informes".[4] (Grifos do autor.)

A perícia, na realidade, não é apenas um meio de prova, mas também um elemento subsidiário, emanado de um órgão auxiliar da Justiça, para a valoração da prova ou solução desta destinada à descoberta da verdade.[5] Ela pode se manifestar, em geral, por meio de três formas, nos termos do *caput* do art. 420 do CPC: *exame*, que corresponde à inspeção realizada por perito acerca de móveis, semoventes, pessoas, livros comerciais, documentos e papéis em geral; *vistoria*, que recai sobre imóveis visando estimar o seu valor; e *avaliação*, destinada a verificar, em dinheiro, o valor de determinada coisa corpórea ou incorpórea.[6]

2. Mirabete, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 256.
3. Mirabete, Julio Fabbrini. Idem, p. 266.
4. Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. 3., p. 584.
5. Mirabete, Julio Fabbrini. *Processo penal*... cit., p. 267.
6. Moro, Rolando Raul. Prova pericial. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 30.06.2007.

O foco do presente estudo será o local de crime – local onde se configura uma infração penal e exija providências da polícia – que, sob a ótica da perícia, pode ser segmentado em *corpo de delito* e *vestígios*. Para Mallmith, o primeiro consiste em "qualquer coisa material relacionada a um crime passível de um exame pericial. É o delito em sua corporação física. Desta forma, o corpo de delito constitui-se no elemento principal de um local de crime, em torno do qual gravitam os vestígios e para o qual convergem as evidências. É o elemento desencadeador da perícia e o motivo e a razão última de sua implementação".[7]

Os vestígios, por sua vez, segundo o mesmo autor, constituem-se em "qualquer marca, objeto ou sinal sensível que possa ter relação com o fato investigado. A existência do vestígio pressupõe a existência de um agente provocador (que o causou ou contribuiu para tanto) e de um suporte adequado para a sua ocorrência (local em que o vestígio se materializou)".[8]

Para iniciar qualquer perícia no local do crime, é necessário, todavia, observar os aspectos técnicos e científicos, sem os quais estará eivada de nulidade sendo imprestável para a Justiça, posto que "(...) se houver admissibilidade de prova ilegal (ilícita ou ilegítima) a sentença não poderá valorá-la. Se o fizer, será nula de pleno direito. Pois, flagrante será o *error in procedendo*. Porém, se a valoração for de direito e se calcar em provas legais e moralmente legítimas e houver erro, será de julgamento (*error in judicando*), admitindo a reforma ou modificação da decisão"[9] (grifos do autor).

Elucidando melhor, a prova será proibida ou ilegal (gênero) sempre que for obtida com violação à norma de natureza material, quando então será denominada de prova ilícita (espécie), ou quando afrontar norma de natureza processual, caracterizando-se como prova ilegítima (espécie). Em outras palavras, a prova ilícita contraria normas constitucionais e infraconstitucionais de direito material (por exemplo, as provas obtidas com violação de domicílio sem ordem judicial), enquanto que a prova ilegítima viola normas de direito processual, (por exemplo, no caso de laudo de exame de corpo de delito subscrito por um único perito

7. MALLMITH, Décio. Corpo de delito, vestígio, evidência e indício. Disponível em: <http://www.peritocriminal.net>. Aceso em: 30.06.2007.

8. Idem.

9. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 281.

não oficial).[10] Logo, tanto as provas ilegais, como as ilegítimas devem respeitar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, cuja inobservância resulta na sua inadmissibilidade no processo penal.

Se, porventura, a decisão judicial se fundar em prova ilegal e/ou ilegítima, ocorrerá o que se denomina de *error in procedendo* (erro no procedimento) ou vício de atividade. Isto se deve em razão da violação à regra procedimental, causando prejuízos à parte, sendo que "(...) não é preciso que o juiz viole texto expresso de lei para caracterizar o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto".[11]

Quanto à prova ilegítima, por tratar-se de "violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre o resultado do acertamento".[12] Neste caso, serão admitidas as demais provas derivadas da prova ilegítima, restringindo-se a nulidade à admissibilidade desta.

No que tange à prova ilícita, será inadmissível no processo, consoante disposto no art. 5.°, LVI, da CF/1988, salvo se for utilizada exclusivamente para inocentar o acusado, quando então se tornará lícita por força dos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, corolários do Estado de Direito.

Nesse sentido, Grinover reforça que "as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia".[13]

Por derradeiro, ao contrário das provas ilegítimas, as ilícitas contaminam as demais provas delas decorrentes (ilicitude por derivação). Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), criada pela doutrina anglo-americana. O STF, aliás, já se pronunciou diversas vezes sobre o assunto, das quais se destacam:

10. Pedroso, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 161.
11. Nery Junior, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 212.
12. Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 131.
13. Idem, p. 141.

"Prova penal. Banimento constitucional das provas ilícitas (art. 5.°, LVI, CF/1988). Ilicitude (originária e por derivação). Inadmissibildade. Busca e apreensão de materiais e equipamentos realizada, sem mandado judicial, em quarto de hotel ainda ocupado. Impossiblidade (...) Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (...)" (RHC 90.376/RJ, 2.ª T., j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Melo).

"Ação criminal. Código penal. Corrupção passiva (*caput* do art. 317, CP), corrupção ativa de testemunha (art. 343, CP), coação no curso do processo (art. 344, CP), supressão de documento (art. 305) e falsidade ideológica (art. 299, CP). Preliminares: inadmissibilidade de provas consideradas obtidas por meio ilícito e incompetência do STF para os crimes do art. 299, a ausência de conexão com o de corrupção passiva, que determinou a instauração do processo perante essa corte, posto que atribuido, entre outros, a presidente da republica. (...) 1.1 Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5.°, LVI, da CF); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicilio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.°, X e XI, da CF). 1.2 Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episodio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de oficio confi-

gurador de transação ou comercio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referencia, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5.°, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicilio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.°, X e XI, da CF) (...)" (sic) (Pleno, APn 307/DF, j. 13.12.1994, rel. Min. Ilmar Galvão).

Outrossim, a decisão judicial poderá cometer também o *error in judicando* (erro no julgamento), que diz respeito à justiça da sentença, sem, todavia, interferir na validade desta. Trata-se de uma divergência entre a vontade da lei e a vontade concreta expressada na sentença, decorrente de erro na atividade intelectual do julgador, o que caracteriza a sentença como injusta, posto que derivada de um erro ocorrido no raciocínio, na fase decisória.[14]

Tanto o *error in procedendo* como o *error in judicando* são garantias do Estado de Direito que viabilizam a modificação de decisão judicial anteriormente proferida em decorrência de falhas no procedimento ou no julgamento. No entanto, somente o primeiro está diretamente relacionado à prova pericial, visto que esta, como qualquer outra prova no processo penal, deve observar normas constitucionais e infraconstitucionais, sejam de caráter material ou processual, sob pena de nulidade absoluta.

1.1 Princípios e métodos

De suma importância são os princípios que norteiam a perícia, quais sejam: *princípio da observação*, segundo o qual todas as ações quase sempre resultam em marcas de prova, passíveis de serem detectáveis; *princípio da análise*, para o qual a perícia deve seguir um método científico para esclarecer uma teoria completa sobre o fenômeno; *princípio da interpretação*, também denominado de princípio da individualidade, preconiza que os exames perícias devem sempre alcançar uma identificação individual, não apenas específica e genérica; *princípio da descrição*,

14. JORGE, Mário Helton. A nulidade parcial da sentença penal como artifício para a manutenção do decreto condenatório: *error in judicando*. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 1.178, ano 10, 22.09.2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8935>. Acesso em: 13.07.2007.

para o qual os resultados da perícia, quando expostos por meio de laudo, devem ser claros e bem fundamentados; *princípio da documentação*, por meio do qual toda a amostra deve ser documentada a fim de proteger a fidelidade da prova material.[15]

Ao lado desses princípios, encontra-se a necessidade de a prova pericial seguir um conjunto de métodos, não apenas como padronização, mas também para sua admissão no processo penal.

Analisando especificamente a perícia realizada no local de crime, assim entendido como "(...) todo espaço físico onde ocorreu a prática de infração penal",[16] deve observar uma seqüência de ações, a saber:

1) Isolamento e preservação do local de crime: nos termos dos arts. 6.°, I e II, e 169 do CPP,[17] logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, cabe à autoridade policial dirigir-se ao local a fim de providenciar o seu isolamento e a preservação do estado das coisas, até a chegada dos peritos criminais. Esse isolamento e preservação do local têm por finalidade garantir a idoneidade das evidências relacionadas ao fato investigado, que possam identificar os autores do crime e viabilizar a sua captura. O único caso que justifica a presença de pessoa estranha num local de crime é no caso de prestação de socorro às vítimas ainda com vida;[18]

2) Exame de corpo de delito: é "o conjunto de todos os vestígios materiais diretamente relacionados com o fato delituoso, e seu exame compreende o próprio levantamento do local de crime, a perinecros-

15. DOREA, Luiz Eduardo. *Criminalística*... cit., p. 10-11.

16. ESPÍNDULA, Alberi. Isolamento e preservação dos locais de crime com cadáver. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4d.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

17. "Art. 6.° Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (...) Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos. Parágrafo Único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as conseqüências dessas alterações na dinâmica dos fatos."

18. ESPÍNDULA, Alberi. Isolamento e preservação... cit.

copia, a necropsia médico-legal, correspondente à pesquisa, constatação, ao registro e à interpretação das circunstâncias".[19] É indispensável às infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP), deve ser realizado por dois peritos oficiais ou, na sua ausência, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área técnica relacionada à natureza do exame (art. 159 do CPP);

3) Demarcação do local: nos casos de crimes contra a pessoa, por exemplo, compreenderá a partir do ponto onde esteja o cadáver ou de maior concentração dos vestígios e vai até além do limite onde se encontre o último vestígio que seja visualizado numa primeira observação. Identificados esses pontos limítrofes, deve a autoridade policial isolar a área onde ocorreu o crime por meio de faixas e lacres que impedem o acesso de pessoas não autorizadas e do público em geral;

4) Coleta de informações: inclui todas as tarefas dos especialistas destinadas à identificação do(s) criminoso(s) e à prova insofismável de sua(s) culpabilidade(s), tais como fotografar, coletar evidências (materiais, cartuchos disparados, amostras de sangue, entre outros), extrair digitais latentes, analisar a dinâmica do crime, indícios de arrombamento e brigas, dentre outras.[20] A boa técnica pericial determina que o perito jamais aceite que terceiros lhe apresentem possíveis "corpos de delito" que estariam fazendo parte de um local de crime por ele examinado e não constatado no ato, incumbindo-lhe considerar como vestígio material somente o que ele próprio constatar como tal;[21]

5) Autópsia: exame macro e microscópio do cadáver, que pode ser caracterizada como *médica*, realizada por patalogista, quando não há suspeita de morte violenta, ou como *médico-legal* realizada por médico-legista, no caso de morte violenta ou criminosa;[22]

6) Reconstituição do crime: com base na coleta de informações o pessoal técnico elabora *croquis* a fim de permitir uma visão limitada e em duas dimensões (2D) de fatos que, todavia, ocorrem em três dimensões (3D). Outra possibilidade, utilizada em crimes de grande relevância é a reprodução simulada dos fatos na cena do crime, que são procedimentos

19. Dorea, Luiz Eduardo. *Criminalística*... cit., p. 62-63.
20. Idem, ibidem.
21. Espíndula, Alberi. Conclusão pericial. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4.htm>. Acesso em: 13.07.2007.
22. Disponível em; <http://www.detetiveamaral.com.br/portal/autopsia.html>. Acesso em: 13.07.2007.

adotados para esclarecer, se a infração penal ocorrera de determinado modo, utilizando-se das descrições *in loco* dos atores da referida infração, analisando-as e comparando-as entre si e com os vestígios materiais deixados por ocasião da sua ocorrência, objetivando unicamente saber-se da coerência, ou não, das versões;[23]

7) Perícia: é a etapa responsável por reunir especialistas para que cada um possa analisar, sob a ótica dos conhecimentos que dominam, a cena do crime e fornecer um laudo pericial sobre a avaliação realizada. Entende-se por laudo pericial como uma peça técnica formal que apresenta o resultado de uma perícia, onde deve ser relatado tudo o que fora objeto dos exames levado a efeito pelos peritos.[24]

Dentre essas ações, destaca-se a reconstituição de crime utilizando-se da animação forense com o intuito de possibilitar análises detalhadas da dinâmica do ocorrido. Assim, é possível estabelecer um sistema de análise de cenários de crimes por meio da modelagem 3D, o qual facilita não só a etapa de reconstituição do crime, mas também a de perícia, uma vez que viabiliza considerar todas as possibilidades de ocorrência de um crime.

1.2 A perícia sob a ótica da criminalística dinâmica

No âmbito da polícia judiciária, a utilização da perícia deve ser analisada sob a ótica tanto da criminalística estática quanto da criminalística dinâmica. A criminalística estática é aquela tradicionalmente utilizada pela Polícia Civil, ao requisitar a realização de exames periciais em atendimento ao disposto no art. 158 do CPP, auxiliando no trabalho investigativo dessa polícia. A criminalística dinâmica, por sua vez, utiliza o conhecimento técnico do perito para interagir com a autoridade policial e seus agentes, no processo de investigação, mediante o trabalho de equipe para determinados casos ou por intermédio de contatos infor-

23. ESPÍNDULA, Alberi; BASSOTELLI, Antonio Fernando; COELHO, Vanja de Oliveira. Reprodução simulada. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4f.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

24. ESPÍNDULA, Alberi. Laudo pericial e outros documentos técnicos. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4g.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

mais dos investigadores com os peritos, a fim de discutirem linhas de investigação a partir de possíveis elementos ou provas técnicas.[25]

Nesse sentido, Dorea pontifica que "todos os subsídios técnico-científicos são fornecidos pelos mais variados ramos do conhecimento técnico, tornando um procedimento multidisciplinar, com o crescimento gradativo e paralelo aos conhecimentos de que se vale, como da toxicologia, física, química, matemática, biologia, zoologia, mineralogia, botânica, astronomia, etc. (...) A partir dessa necessidade ampla de diversificação da utilização dos mais variados ramos do conhecimento é que a classe de peritos criminalísticos ou peritos criminais (denominações variadas pelo país) recruta profissionais, por exemplo, da área de farmácia para a realização de exames, especialmente laboratoriais; nas mais diversas áreas de engenharia, para os exames de acidentes em construções, acidentes de trânsito, metalurgia, redes de eletricidade (...) As técnicas são particularizadas dentre a categoria de peritos criminalísticos, sendo tais denominações funcionais, em algumas unidades da federação, classificadas como peritos criminalísticos, na área de perícias em geral, peritos criminalísticos químicos e peritos criminalísticos engenheiros (...)".[26]

A meta da criminalística dinâmica visando a multidisciplinariedade na perícia criminal permite, portanto, formar uma base abrangente para otimizar todos os recursos e possibilidades a fim de esclarecer o crime.

É nesse contexto que a animação forense revela-se poderoso instrumento para o direito penal, haja vista a possibilidade de uma visualização interativa de informações, que permite aos policiais, detetives, peritos, advogados e juízes o envolvimento com o objeto de análise, facilitando assim sua compreensão, além da otimização combinatória das possibilidades de ocorrência de um crime em um determinado cenário.

2. A IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DA ANIMAÇÃO FORENSE

A animação computadorizada tem aproximadamente trinta anos e seus efeitos visuais tornaram-se tão refinados que, muitas vezes, o espectador confunde a realidade com a representação. É por meio dela que se resgatam mundos e fatos existentes somente na imaginação

25. ESPÍNDULA, Alberi. A multidisciplinariedade na perícia criminal. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4c.htm>. Acesso em: 13.07. 2007.

26. DOREA, Luiz Eduardo. *Criminalística*... cit., p. 3.

das pessoas, antes nunca explorados.[27] Essa animação se desenvolveu significativamente nos Estados Unidos, em cujo contexto sócio-cultural destaca-se a direção ideológica em busca de uma perfeita representação da realidade.[28]

No campo jurídico, a animação computadorizada é denominada "animação forense",[29] assim entendida como um instrumento gráfico do computador que ilustra vários movimentos sob diversos ângulos para recriar um evento juridicamente relevante. É utilizada em quase todas as hipóteses legais imagináveis, como nos casos criminais, para reconstruir a cena do crime, ou nos casos de acidente de carro, para recriar o acidente e identificar o real culpado.[30] Nas palavras de Selback "Computer animation consists of two-dimensional, animated images projected either on a computer screen or on a larger-screen video monitor. Animations can include syntheses of images, text, and sound to create a fanciful visual aid, or can be used to demonstrate concepts otherwise indescribable in still pictures. It has been used to vividly recreate crimes and to explain to the jury concepts and theories that can best only be illustrated through demonstrative visual evidence. Without computer animation the concepts often would be difficult to bring into the courtroom."[31]

27. STEET, Rida. *Computer animation: a whole new world.* Massachusetts: Rockport Publishers, 1998, p. 14.

28. SHEN, Lien Fan. What is "computer animation"? – examining technological advancements and cultural aesthetics of japanese animation. Disponível em: <http://delivery.acm.org>. Acesso em: 15.09.2007.

29. Forense significa "que se refere ao foro judicial (...) aos tribunais" (MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa.* São Paulo: Melhoramentos, 2001, p. 401).

30. FREELAND, Sarah. *Forensic animation.* Disponível em: <http://ezinearticles.com/?Forensic-Animation&id=702656>. Acesso em: 10.09.2007.

31. "A animação computadorizada consiste em duas dimensões, que projeta imagens animadas ou numa tela de computador ou numa grande tela de monitor de vídeo. As animações podem incluir sínteses de imagens, textos, e sons para criar um auxílio visual à fantasia, ou podem ser usadas para demonstrar conceitos sob outros aspectos, ainda indescritíveis nas imagens. Tem sido usada para recriar vividamente crimes e explicar ao júri conceitos e teorias que somente podem ser melhor ilustradas por meio de demonstração de prova visual demonstrativa. Sem a animação computadorizada os conceitos frequentemente seriam difíceis de levar ao tribunal" (trad. livre). SELBACK, Jonh. Digital litigation: the prejudicial effects of computer-generated

No tocante à sua classificação, para Gold, pode ser: "descriptive forensic animation and scientific forensic animation. Descriptive forensic animation illustrates the testimony of the expert. Scientific forensic animation takes actual dynamics and physics into account by the program itself. The models are not animated by hand but by a programmer who programs and inputs data for the simulation".[32]

Selback aponta duas principais diferenças entre essas espécies: "(...) first, scientific animations are more mathematically accurate. Second, the motion in scientific animations attempts to follow the laws of physics rather than track the imagination of an artist."[33] Apesar dessas diferenças, ambas as espécies se completam ao se apresentarem como meio de prova perante tribunais.

O processo de animação forense envolve, geralmente, seis passos: o primeiro é a coleta de dados, cujo responsável dispõe de uma ampla variedade de recursos, tais como relatórios policiais, gravações públicas, depoimentos testemunhais, investigações periciais e fotografias; a partir disso, o segundo passo é localizar os objetos no ambiente sob investigação e calcular seus movimentos (se possível), fazendo a correspondência com os fatos, dos quais se esboçam os principais eventos, neles adicionando palavras às imagens para descrever os movimentos que se propõem à animação; o terceiro contempla o desenho, a composição ou construção dos modelos de imagens que serão usados na animação em 3D, construída por um *software* específico como o *AutoCad* da *Autodesk*; uma vez criadas essas imagens, o quarto passo é constituir o roteiro dos movimentos no tempo em que se marca a ocorrência de determinados eventos; o quinto é a *renderização*, por meio da qual o computador

animation in the courtroom. Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol9/Selbak.pdf>. Acesso em: 15.09.2007.

32. "(...) Animação forense descritiva e animação forense científica. A animação forense descritiva ilustra o depoimento do perito. A animação forense científica leva em conta a exata dinâmica e física do próprio programa. Os modelos não são animados pelas mãos, mas pelo programador que programa e inclui dados para a simulação" (trad. livre) GOLD, Stuart. Forensic animation: its origins, creation, limitations and future. Disponível em: <http://www.expertlaw.com/library/animation/forensic_animation.html>. Acesso em: 08.09.2007.

33. "(...) primeiro, as animações científicas são matematicamente mais precisas. Segundo, o movimento nas animações científicas tenta seguir as leis da física ao invés da imaginação do artista" (trad. livre). SELBACK, Jonh. Digital litigation... cit.

preenche a parte de fora das imagens que aparecem no modelo de arame da animação para incorporar as variáveis estabelecidas no programa; por fim, os modelos são então reunidos para formar uma animação continuada que constituirá ou *videotape* ou disco *laser*.[34]

Além disso, é também necessária a colaboração entre especialistas peritos em animação e desenhistas, a fim de auxiliar na visualização dos fatos sob vários ângulos. O trabalho desses especialistas, na verdade, é analisar e produzir dados que facilitarão a produção de uma animação correspondente, os quais irão ilustrar o testemunho dos peritos no processo.[35]

Oportuno registrar que o uso inédito de animação forense perante os tribunais foi no caso do acidente com o vôo Delta 191,[36] em agosto de 1985, que resultou na morte de 137 pessoas e danos a diversas propriedades. A partir de então, travou-se uma gigantesca batalha judicial sobre quem pagaria a milionária indenização, estimada em U$ 200 milhões de dólares, pelas mortes e pelos danos materiais decorrentes do acidente aéreo. As indenizatórias foram propostas em face da *Federal Aviation Administration* (FAA) e *National Weather Service* (NWS), órgãos do governo dos Estados Unidos, por negligenciarem informações à tripulação do vôo Delta 191 sobre as condições climáticas adversas que impediriam a decolagem.[37]

Diante da complexidade dos fatos, os advogados do governo dos Estados Unidos utilizaram a animação forense como meio de prova para melhor expor detalhes do caso e atrair a atenção do júri. Durante aproximadamente uma hora, o computador gerou uma animação desenvolvida pela empresa Z-Axis SM, por meio da qual foram ilustrados eventos da condução do avião até a sua queda, tais como: instrumentos da tripulação e medidores, o fenômeno temporal ao longo da trajetória, transmissões de rádio entre o piloto e a torre, e gravações da caixa-preta.[38] No julgamento, ao reconhecer a falha exclusiva da tripulação na queda do

34. Selback, Jonh. Digital litigation... cit.
35. Gold, Stuart. Forensic animation... cit.
36. Connors v. United States, 112 S. Ct. 276 (1991).
37. Gold, Stuart. Forensic animation... cit.
38. Há duas animações do acidente Delta 191, disponíveis em: <http://www.youtube.com>. Acesso em: 13.09.2007.

avião, o juiz se respaldou na animação forense apresentada, cuja prova foi determinante para a vitória do governo dos Estados Unidos.[39]

Esse caso foi um marco na história da animação forense, a partir do qual esta passou a ser freqüentemente utilizada nos tribunais, sofisticando-se e tornando-se algo bastante lucrativo para empresas de diversos ramos.

Dentre as inúmeras vantagens desse meio de prova, é possível destacar as seguintes: a possibilidade de o operador de simulação alterar facilmente os diversos pontos de vista dentro da animação durante a apresentação, a fim de que os espectadores possam ver os objetos e eventos de qualquer posição estratégica; os movimentos podem também ser alterados para hipotéticas variantes para ilustrar as relações entre os objetos da simulação; o aumento da capacidade de compreensão dos espectadores, ao abranger mais de uma inteligência humana com a união da imagem (visão) e descrição (audição).

Urge salientar, nesse aspecto, a existência de múltiplas inteligências (linguística, lógico-matemática, espacial, musical, cinestésica, interpessoal e intrapessoal), desenvolvidas por Howard Gardner, para o qual os seres humanos dispõem de graus variados de cada uma das inteligências e maneiras diferentes com que elas se combinam e organizam e se utilizam dessas capacidades intelectuais nas suas relações sociais.[40] Embora sejam, até certo ponto, independentes uma das outras, essas inteligências raramente funcionam isoladamente. É dentro desse contexto que a animação forense adquire maior relevância, uma vez que consegue reunir, na sua apresentação, as diversas inteligências humanas com imagens, sons e descrição dos fatos, atingindo um maior número de espectadores.

A imagem, em especial, é inconscientemente relevada ao mais profundo nível de crença dos seres humanos, os quais passam a acreditar naquilo que vêem como se real fosse, transformando-se nas próprias testemunhas oculares. Aliás, "It is well settled that demonstrative evidence makes a presentation more memorable to the jury. McGraw-Hill published a well known and universally accepted study regarding

39. Disponível em: <http://podcasts.zaxis.com/pac/delta-191/>. Acesso em: 13.09.2007.

40. Gama, Maria Clara S. Salgado. A teoria das inteligências múltiplas e suas implicações para educação. Disponível em: <http://www.homemdemello.com.br/psicologia/intelmult.html>. Acesso em: 15.09.2007.

information retention, which affirmed what most trial practitioners already knew: 'Seeing is believing'. Simplifying complex information and evidence through animation for a jury can be very effective and convincing. A 1992 study, known as the Weiss-McGrath report found 'a one-hundred percent increase in juror retention of visual over oral presentations and a six-hundred percent increase in juror retention of combined visual and oral presentations over oral presentations alone' (Source: Weiss-McGrath Report, 1992)."[41]

Em suma, não restam dúvidas que "The use of computer animation literally brings a new dimension to litigation, one that is powerful tool in an attorneys arsenal. The reason is simple: Animations are visually compelling, cutting through complex and confusing testimony to show precisely what happened."[42]

Essas vantagens, porém, ao estimularem o crescimento de empresas especializadas na área e a freqüente utilização de animação forense como meio de prova nos tribunais, acarretaram também diversos questionamentos quanto à sua forma de constituição e admissibilidade nos processos, o que resultou numa forte e real necessidade de regulamentar e traçar diretrizes para o seu uso, evitando-se equívocos nos julgamentos.

41. "É pacífico o entendimento de que a prova demonstrativa faz uma apresentação mais memorável para o júri. McGraw-Hill publicou um estudo bem conhecido e universalmente aceito com relação à retenção de informações, que afirmou o que a maior parte dos participantes do processo já sabiam: 'Ver é acreditar'. Simplificar complexas informações e provar por meio de animação para o júri pode ser muito eficaz e convincente. Um estudo de 1992, conhecido como o relatório *Weiss-McGrath* concluiu que 'eleva um por cento da retenção visual dos jurados sobre a apresentação oral e seis por cento da retenção visual e oral dos jurados sobre a apresentação oral sozinha' (Source: Weiss-McGrath Report, 1992)" (trad. livre). MURRAY, Mark T. Admissibility of computer-generated animation. Disponível em: <http://www.abrahamwatkins.com/CM/Articles/Admissibility-Of-Computer-Generated-Animation.asp>. Acesso em: 08.09.2007.

42. "O uso de animação computadorizada traz literalmente uma nova dimensão para o litígio, um dos mais poderosos instrumentos do arsenal dos advogados. A razão é simples: as animações são visualmente convincentes, alterando-se por meio de complexos e confusos testemunhos para mostrar precisamente o que aconteceu" (trad. livre). Disponível em: <http://www.ositisanimation.com/forensic.html>. Acesso em: 17.09.2007.

2.1 Regulamentação norte-americana sobre o assunto

As principais normas referentes à admissibilidade de provas nos tribunais norte-americanos encontram-se positivadas na Federal Rules of Evidence (2006).43 Destas normas, destaca-se a regra 403, que assim dispõe: "Exclusion of Relevant Evidence on Grounds of Prejudice, Confusion, or Waste of Time. Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence."44

Em comentários a este dispositivo, Selback extrai algumas possíveis objeções à admissibilidade de animação computadorizada, as quais, se consideradas conjuntamente, têm potencial capacidade de serem aceitas pelos tribunais, refutando-se a prova prejudicial, e ocorrem quando esta: "(...) *(1) it can escape clearclassification; (2) it confuses the jury and misleads them in their fact-finding role; (3) it creates a handicap to opponents who cannot afford to use the technology; and, (4) it can be readily manipulated in the courtroom, at least for "real time" computer-animated evidence*".[45]

A primeira objeção consiste basicamente na confusão que recai sobre a natureza da prova decorrente da obscuridade de sua classificação. Vale dizer, se uma prova não está corretamente classificada, isto ensejará dúvidas quanto à observância ou não de determinadas normas criadas, por exemplo: se a prova for enquadrada como científica, deverá necessariamente atender aos dispositivos 702 e 703 da *Federal Rules of Evidence*,

43. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>. Acesso em: 17.09. 2007.

44. "403. Exclusão de prova relevante no caso de prejuízo, confusão ou desperdício de tempo. Embora relevante, a prova poderá ser excluída se seu valor probatório importa mais substancialmente em perigo de injusto prejuízo, confusão dos assuntos, ou indução do júri ao erro, ou em considerações do excessivo retardamento, desperdício de tempo, ou desnecessária apresentação de provas cumulativas" (trad. livre).

45. "(...) (1) puder escapar da clara classificação; (2) confundir o júri e o induzir ao erro no seu modelo de descoberta de informações; (3) criar uma desvantagem à parte contrária que não pode ter acesso ao uso da tecnologia; e, (4) puder ser facilmente manipulada na corte, pelo menos em tempo real da prova de animação computadorizada" (trad. livre). SELBACK, Jonh. Digital litigation... cit.

que contêm os seguintes requisitos para admissibilidade de determinada prova como científica, a saber: o depoimento deve estar baseado em fatos ou dados científicos, e ser produto de confiáveis princípios e métodos; a testemunha deve ter aplicado os princípios e métodos confiáveis aos fatos do caso; os fatos ou dados do caso particular, nos quais o perito baseou sua opinião ou conclusão podem ser aqueles conhecidos ou que foram conhecidos pelo perito antes ou durante a audiência. A prova demonstrativa, por sua vez, não precisa observar tais requisitos. Essas indefinições acarretam não apenas dúvidas ao júri, como também o possível enquadramento equivocado de determinada prova que, sendo técnica e necessitando observar certas exigências para sua credibilidade, poderá ser dispensada de tais formalidades se for considerada erroneamente como demonstrativa.

No que se refere à segunda consideração, esta afeta diretamente o sistema judicial de duas formas: a parcialidade inerente ao processo de animação, na medida em que envolve suposições, especulações e opiniões em cada etapa de seu processo, além de ser facilmente alterada, cuja alteração é de difícil constatação; e o potencial risco de os jurados confundirem toda a animação forense com os fatos, visto que aquela não expõe apenas informações sobre os fatos auxiliando na fase instrutória, como também reflete teorias e opiniões avançadas pelo advogado, baseadas em suposições e especulações.

A terceira, por sua vez, consiste na desvantagem criada à parte contrária que não tem condições financeiras, técnicas e científicas de se valer de instrumentos similares, a qual, está se tornando mais acessível a cada ano.

Por fim, a última refere-se à animação em tempo real que permite ao advogado manipular as imagens visuais no tribunal, a fim de mostrar aos jurados uma seqüência animada sob diversos pontos de vista e configurações.

Outrossim, importante apontar também os seguintes dispositivos sobre o tema 803 (24), 901, 401 e 402 da *Federal Rules of Evidence*.

O art. 803 apresenta um rol de exceções à inadmissibilidade do *hearsay*,[46] a qual, segundo o art. 802, não será admitida como depoimento judicial, salvo se autorizada pela *Federal Rules of Evidence* (no

46. *Hearsay* (ouvi-dizer) significa uma declaração, feita por uma outra pessoa que não seja o depoente. No Brasil, corresponde à testemunha auricular, sendo plenamente admitida, à luz das normas constitucionais e legais.

caso os arts. 803 e 804) ou por outras normas prescritas pela Suprema Corte conforme autoridade estatutária ou por ato do Congresso.

Quando a animação forense envolve dados gerados por meio de *software* de computador, tanto os dados quanto o *software* estão sujeitos às objeções do *hearsay*. A admissão dessa prova, porém, tem sido enquadrada no art. 803 (24) da *Federal Rules of Evidence*, denominado *catchall*, que faz remissão ao art. 807, segundo o qual "A statement not specifically covered by *Rule 803* or *804* but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines A) the statement is offered as evidence of a material fact; (B) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and (C) the general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence (...)."[47]

Trata-se de uma norma que visa adaptar o sistema legal às novas tecnologias. Em outras palavras, o *catchall* serve para as situações novas e geralmente atípicas do tratamento que demonstram credibilidade dentro do espírito das exceções especificamente indicadas nos arts. 803 e 804 da *Federal Rules of Evidence*.[48] Não restam dúvidas que tal dispositivo atende ao escopo do crescimento e desenvolvimento da lei da prova preconizado no art. 102 do mesmo diploma legal.

No caso específico da animação forense, devido à sua excepcional habilidade de explicar facilmente fatos importantes e complexos ao júri, e à atual confiança depositada pelos juízes na tecnologia, tem sido admitida como prova pelo tribunal com base no art. 803(24), o qual se demonstra adequado para recepcionar essas novas e atípicas provas. Um dos principais motivos disso consiste nas proteções mínimas garantidas pelo referido dispositivo, visto que há a necessidade de a prova atender

47. "A declaração não especificamente coberta pelos arts. 803 e 804, mas que tenha garantias circunstanciais equivalentes de credibilidade, não é excluída pela norma do *hearsay*, se a corte determina que (A) a declaração é prestada como evidência de um fato material; (B) a declaração prova mais no aspecto em que é prestada do que qualquer outra evidência passível de obtenção pelo proponente com esforços razoáveis; e (C) as finalidades gerais destas normas e os interesses da justiça serão melhor atendidos pela admissão da declaração como prova (...)" (trad. livre).

48. Nota do Comitê Consultivo do art. 803. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule803.htm>. Acesso em: 20.10.2007.

previamente a um padrão de credibilidade estabelecido pela norma para a sua admissão no tribunal, cuja análise caracteriza uma importante barreira contra a admissão de provas não confiáveis.[49]

Quanto ao art. 901 da *Federal Rules Evidence*, refere-se às condições a serem observadas para que determinada prova seja admitida como científica, aduzindo inclusive um rol exemplificativo de autenticação ou identificação da prova como tal. Como qualquer outra prova, portanto, a animação tem que ser adequadamente autenticada e apresentada ao tribunal, tal como previsto no art. 901 (b) (9), por exemplo, segundo o qual a prova que descrever um processo ou um sistema usado para produzir um resultado deverá ser autenticada se demonstrar a idoneidade destes para a produção de um resultado preciso. Outra forma de se atribuir caráter científico à animação forense consiste na sua apresentação acompanhada do testemunho do perito responsável, com explanação das suposições, variáveis e programas de construção usados.[50] Isso permite ao júri compreender a natureza da prova apresentada, bem como à parte contrária impugnar e questionar a prova e o respectivo testemunho do perito.

Por fim, os arts. 401 e 402 da *Federal Rules of Evidence* preceituam a necessidade da relevância da prova apresentada, cujo reconhecimento como tal resulta na sua admissibilidade pelo tribunal. Em face disso, incumbe à parte que pretende utilizar a animação forense como prova mostrar a sua relevância para os fatos que precisam ser esclarecidos. Uma vez estabelecida a relevância, a prova é facilmente admitida diante do art. 402, para o qual "toda a prova relevante é admissível". À parte contrária não restará outra alternativa senão provar o motivo pelo qual a animação forense não deveria ser admitida como tal.

2.2 *Diretrizes para a admissão da animação forense como meio de prova*

Por se tratar de um prova especial com diversos reflexos decorrentes de sua utilização, a animação forense deve ser devidamente regulamentada, a fim de auxiliar os tribunais a decidirem sobre o uso crescente de tal evidência, bem como os advogados e peritos que pretendem a admissibilidade de suas provas nos processos. Como as normas *The Federal Rules of Evidence* são destinadas aos novos tipos de provas em geral, elas devem ser interpretadas conjuntamente com diretrizes, padrões e

49. SELBACK, Jonh. Digital litigation... cit.

50. Idem.

limitações enquanto não existir uma regulamentação destinada exclusivamente à animação forense.

Nesse contexto, vale destacar que antes mesmo do advento dessas normas federais, os tribunais já haviam fixado algumas diretrizes para avaliar se a animação forense deveria ou não ser admitida no processo, a partir do caso da Carolina do Sul (USA), Clark v. Cantrell (529 S.E.2d 528, S.C. 2000),[51] de fundamental importância para o tema. Essas diretrizes passaram a ser referência para os tribunais e advogados e motivaram inclusive a normatização do assunto com o advento da *The Federal Rules of Evidence*, em 2006. São elas: avaliação da autenticidade da animação forense, que deve não apenas se fundar em dados verídicos dos fatos, mas também estar acompanhada das declarações do perito responsável, a fim de elucidar questões técnicas que exigem um conhecimento mais qualificado; necessidade de mostrar a relevância da animação forense para a solução da controvérsia, bastando, para tanto, demonstrar que tal prova se funda nos depoimentos testemunhais; necessidade de estabelecer precisão, sendo que os principais elementos devem ser idênticos ou similares à cena como descrita em outros depoimentos testemunhais ou provas apresentadas pelo perito para constituir uma justa e precisa representação; demonstrar o valor probatório da animação forense, que deve ser mais intenso do que o perigo de injustamente prejudicar, confundir os assuntos, ou induzir ao erro o júri.[52]

Como as normas *The Federal Rules of Evidence* são destinadas aos novos tipos de provas em geral, elas devem ser interpretadas conjuntamente com essas diretrizes enquanto não existir uma regulamentação destinada exclusivamente à animação forense.

Oportuno destacar também as diretrizes apresentadas por Selback, quais sejam: a formulação de uma classificação padronizada para a prova, definindo-se apenas uma classificação para animação forense a ser adotada uniformemente por todas as jurisdições; decisões preliminares sobre admissibilidade de provas, submetendo-se a animação forense antes da decisão final, a fim de que o julgador revise e aprove, e que os advogados da parte contrária possam examinar a animação, considerando a sua admissibilidade e impugnando-a se necessário; e instruções para

51. Disponível em: <http://www.judicial.state.sc.us/opinions>. Acesso em: 25.09.2007.

52. BREAUX, Steven P. Admission of forensic animation. Disponível em: <http://www. expertlaw.com/library/animation/admission_forensic_animation.html>. Acesso em: 25.09.2007.

os jurados sobre a prova computadorizada, os quais devem conhecer previamente a natureza da prova que está sendo-lhes apresentada.[53]

Em sendo a animação forense uma prova que merece atenção especial, em virtude de sua complexidade e constante utilização nos tribunais, referidas diretrizes são de grande valia para evitar prejuízos e julgamentos equivocados. No Brasil, particularmente, embora não exista norma específica sobre o assunto, tais diretrizes podem ser adotadas à luz das normas específicas de prova ilícita e ilegítima.

2.3 *Casos práticos*

Neste tópico serão abordados três casos, dois norte-americanos e um brasileiro, a fim de demonstrar a utilização da animação forense na prática.

O primeiro caso é da Pensilvânia, no qual a animação forense foi determinante para a condenação de Michael Serge, um detetive aposentado e alcoólatra de 54 anos, que em 15.01.2005 desferiu dois tiros contra sua esposa Jennifer, matando-a.[54] O acusado alegou legítima defesa, sustentando que sua esposa tentara agredi-lo com uma faca, vindo a desferir os tiros para se defender. No local dos fatos realmente foi encontrada uma faca ao lado do corpo de Jennifer, mas a acusação acreditava que tal instrumento teria sido implantado posteriormente ao crime. Para solucionar essa dúvida, os dados da cena de crime e das fotografias foram enviados para a 21st Century Animation em Dallas, para a criação da animação forense dos fatos, a qual, porém, foi demasiadamente realística por mostrar os rostos parecidos com humanos, não sendo apenas figuras representativas.

Apesar disso, a animação forense foi admitida pelo tribunal, no qual os jurados concluíram que, embora a vítima estivesse segurando a faca quando foi atingida – em virtude da ausência do sangue na palma da mão –, o acusado era culpado pelo assassinato, sendo condenado à prisão perpétua.

O segundo caso envolve a morte de uma criança de 12 anos que brincava com uma pistola *magnum* calibre 44 carregada. O animador da ForensiTech Inc., Robert Stites, demonstrou que era impossível a vítima puxar o gatilho da arma, constatando que outra criança brincava com a

53. Selback, Jonh. Digital litigation... cit.

54. Disponível em: <http://www.cbsnews.com. Acesso em: 03.05.2009.

vítima no local dos fatos. A animação reconstruiu a cena do crime com base nas marcas de sangue e de tiro encontradas no local, revelando que quem desferiu o tiro foi a outra criança, enquanto lutava com a vítima pela posse da arma.[55]

O terceiro e último caso é brasileiro, no qual foi inédita a utilização de animação forense. É caso de Diadema (Caso Favela Naval), feita pela Cadritech, empresa especializada na venda de sistema e desenvolvimento de solução de *CAD*, com programas de animação (*3D Max* e *Character Studio*), combinados com o *AutoCad*, para auxiliar na elucidação do crime.[56]

O trabalho de animação e simulação foi feito sobre uma fita de vídeo e um desenho em croqui feito no *AutoCad* mostrando a rua, os postes, a posição das pessoas e as fachadas das casas. A Cadritech transformou o croqui de duas dimensões para três, digitalizou a fita de vídeo e produziu o trabalho de animação e simulação. O objetivo era mostrar, por exemplo, a trajetória da bala e os movimentos do acusado, do veículo e da vítima, para identificar o autor do disparo fatal contra esta, que na ocasião encontrava-se no banco traseiro do veículo.

As simulações feitas com o programa específico para animação de pessoas, *Character Studio* e o *3D Studio Max*, mostram um boneco em 3D que assume a posição do soldado nas imagens sobrepostas. A gravação é usada como guia para a simulação dos fatos no computador, que mostra os detalhes com clareza, reproduzindo os movimentos do acusado, especialmente o momento do disparo. A simulação dos fatos permitiu analisar a posição do veículo e de seus ocupantes. As imagens somadas com os demais elementos do IML (Instituto Médico Legal) esclareceram que, ao contrário do que se afirmava quanto à posição da vítima – que estaria de costas para o disparo –, esta se encontrava voltada para trás, motivo pelo qual recebeu o disparo no lado esquerdo do peito.

Para chegar a essa conclusão, além das simulações, foi necessário o computador traçar uma linha vermelha mostrando exatamente a trajetória da bala. Com o objetivo de visualizar melhor a posição da vítima, o computador suprimiu o veículo, exibindo apenas as pessoas que estavam no seu interior. A informática permitiu calcular o movimento do autor do disparo, a velocidade do veículo e o posicionamento relativo entre eles. Foram exibidos diferentes ângulos do ambiente e das pessoas,

55. Disponível em: <http://www.search.org. Acesso em: 03.05.2009.

56. *Revista CaDesign*, 27. ed., ano 3, p. 46-47, jul. 1997.

elidindo obstáculos que dificultavam a visão, bem como determinando a distância focal da câmera. As análises realizadas pelo computador foram anexadas ao processo junto às demais provas levantadas pelos peritos, a fim de respaldarem o julgamento do acusado.

3. Conclusão

A animação forense, como meio de prova, representa uma evolução no campo probatório, especialmente no âmbito do processo penal, cujo uso dessa tecnologia proporciona esclarecimentos de fatos importantíssimos, sem os quais não haveria possibilidade de uma decisão justa e adequada. Trata-se, aliás, de um instrumento eficaz de prova, a ser utilizado pelas partes e respectivos advogados, que pretendem demonstrar, de forma fácil e clara, fatos complexos e fundamentais ao deslinde da causa.

Em sendo um meio de prova, como qualquer outra, deverá observar as garantias constitucionais e legais aplicáveis à espécie, a fim de resguardar garantias mínimas às partes envolvidas no caso concreto, bem como evitar eventuais impugnações ou até rejeições no que tange à sua admissibilidade no tribunal.

Embora não seja ainda uma preocupação do Brasil, que faz pouco uso da animação forense, faz mister se valer de experiências estrangeiras, onde há muito tempo e de forma freqüente a utilizam, tal como nos Estados Unidos, considerado berço da animação forense diante de seu uso no caso do acidente aéreo do vôo Delta 191 (1985).

Para tanto, no presente artigo, foi utilizada como parâmetro, para a análise da problemática existente em torno da admissibilidade da animação forense nos tribunais, a recente legislação norte-americana (2006), fruto do amadurecimento da doutrina e dos *leading cases* sobre o tema.

Da mesma forma que a animação forense facilita a demonstração de complexos e relevantes fatos da causa, a sua utilização desenfreada e ilimitada permite uma manipulação arbitrária e inverídica da verdade dos fatos, que pode acarretar prejuízos imensuráveis. É nesse contexto que se invoca o Direito para impor limites a serem rigorosamente observados pelas partes que pretendem o uso desse meio de prova, bem como para reconhecer e dirigir-se aos problemas que são inerentes à atualidade e futuro da tecnologia da animação forense.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi realizado com apoio financeiro do CNPq através do projeto de pesquisa: "Análise de Cenários de Crimes através de Modelos 3D" (Processo 471604/2004-6 – Edital Universal2004/Edital – CNPq 19/2004 e Processo 502338/2005-9 – Apoio Técnico à Pesquisa). Participaram também das atividades do referido projeto de pesquisa os acadêmicos do curso de Direito da PUC-PR: Renata Schefer, Giuliano Esmanhoto Facin e Tassia Teixeira de Freitas Bianco Erbano; bolsistas PIBIC-CNPq-PUC-PR (2005-2007). Do curso de Arquitetura e Urbanismo participou a bolsista PIBIC-CNPq-PUC-PR Tayana Sulek Castilho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREAUX, Steven P. Admission of forensic animation. Disponível em: <http://www.expertlaw.com/library/animation/admission_forensic_animation.html>. Acesso em: 25.09.2007.

CADRITECH – COMPUTAÇÃO GRÁFICA. CAD e animação ajudam a esclarecer caso de Favela Naval em Diadema. *Revista CaDesign*, São Paulo: Ibéria, 27. ed., ano 3, jul. 1997, p. 46-47.

COTTON, Fred B. Justice Applications of Computer Animation. The National Consortium for Justice Information and Statistics, Technical Bulletin – featuring emerging technologies in criminal justice information management, n. 2, 1994. Disponível em: <http://www.search.org. Acesso em: 03.05.2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 3.

DOREA, Luiz Eduardo. *Criminalística*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005.

ESPÍNDULA, Alberi. Conclusão pericial. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

_____. Isolamento e preservação dos locais de crime com cadáver. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4d.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

_____. Laudo pericial e outros documentos técnicos. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4g.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

_____. A multidisciplinariedade na perícia criminal. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4c.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

_____; BASSOTELLI, Antonio Fernando; COELHO, Vanja de Oliveira. Reprodução simulada. Disponível em: <http://www.espindula.com.br/default4f.htm>. Acesso em: 13.07.2007.

FREELAND, Sarah. Forensic animation. Disponível em: <http://ezinearticles.com/?Forensic-Animation&id=702656>. Acesso em: 10.09.2007.

GAMA, Maria Clara S. Salgado. A teoria das inteligências múltiplas e suas implicações para educação. Disponível em: <http://www.homemdemello.com.br/psicologia/intelmult.html>. Acesso em: 15.09.2007.

GOLD, Stuart. Forensic animation: its origins, creation, limitations and future. Disponível em: <http://www.expertlaw.com/library/animation/forensic_animation.html>. Acesso em: 08.09.2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

JORGE, Mário Helton. A nulidade parcial da sentença penal como artifício para a manutenção do decreto condenatório: error in judicando. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1.178, 22.09.2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8935>. Acesso em: 13.07.2007.

KOHN, David. Investigators: Forensic Animation. Does It Work? Should It? Disponível em: <http://www.cbsnews.com/stories/2002/10/25/48hours/main526999.shtml>. Acesso em: 03.05.2009.

MALLMITH, Décio. Corpo de delito, vestígio, evidência e indício. Disponível em: <http://www.peritocriminal.net>. Acesso em: 30.06.2007.

MICHAELIS. *Dicionário prático da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORO, Rolando Raul. Prova pericial. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 30.06.2007.

MURRAY, Mark T. Admissibility of computer-generated animation. Disponível em: <http://www.abrahamwatkins.com. Acesso em: 08.09.2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SELBACK, John. Digital litigation: the prejudicial effects of computer-generated animation in the courtroom. Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/. Acesso em: 15.09.2007.

SHEN, Lien Fan. What is "computer animation"? – examining technological advancements and cultural aesthetics of japanese animation. Disponível em: <http://delivery.acm.org>. Acesso em: 15.09.2007.

STEET, Rida. *Computer animation: a whole new world*. Massachusetts: Rockport Publishers, 1998.

3
A dilação (in)devida do processo penal: entre os limites normativos e a discricionariedade judicial

MARLISE SCHEID SAUSEN

Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Assessora na Procuradoria Regional da República da 4.ª Região.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O presente estudo analisa o direito fundamental à duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal, no art. 5.º, LXXVIII. Partindo da influência da sociedade globalizada e acelerada sobre o direito, indica as normas que antecederam a previsão constitucional expressa do "novo" direito fundamental. Destaca a efetividade do direito de acesso à justiça, aponta causas da demora e soluções indicadas na doutrina brasileira e no direito comparado. Ainda, examina o conceito jurídico indeterminado "duração razoável" e alguns critérios para a sua delimitação. Analisa a existência de discricionariedade judicial e o papel do julgador na definição do tempo de tramitação dos processos. Por fim, indica a necessidade de coexistência de limites normativos e discricionariedade judicial, com atenção aos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo – Sociedade globalizada – Antecedentes normativos – Acesso à justiça – Efetividade – Causas – Soluções – Conceito jurídico indeterminado – Discricionariedade judicial – Limites normativos – Coexistência.

ABSTRACT: This paper analyses the fundamental right to a reasonable duration of the legal proceeding, introduced in the Federal Constitution sub-section LXXVIII of article 5. Based on the influence of the globalized and accelerated society upon Law, it indicates the norms that came before the clear constitutional foresight of the "new" fundamental right. It highlights the effectiveness of the right of access to justice and shows causes of delays and solutions expressed in the Brazilian doctrine and in compared Law. It also examines the undetermined legal concept of "reasonable duration" and some criteria for its delimitation. It analyses the existence of legal *discretionarity and the role of the judging party in defining processing time for legal proceedings. Lastly, it mentions the need for the co-existence of normative limits and* legal *discretionarity, giving attention to concrete cases.*

KEYWORDS: Reasonable duration of the legal proceeding – Globalized society – Normative antecedents – Access to justice – Effectiveness – Causes – Solutions – Undetermined legal concept – Legal *discretionarity* – Normative limits – Co-existence.

SUMÁRIO: Considerações iniciais – 1. Duração razoável do processo e o tempo: 1.1 A sociedade globalizada, a aceleração e o tempo do direito; 1.2 O direito fundamental à duração razoável do processo e antecedentes normativos – 2. O problema da inadequada tutela jurisdicional e o princípio da proporcionalidade: 2.1 Efetividade do acesso à justiça e aplicabilidade do inc. LXXVIII do art. 5.º da CF; 2.2 Algumas causas da morosidade processual e soluções apontadas pela doutrina brasileira e no direito comparado; necessário equilíbrio na duração do processo – 3. *Prazo razoável*: conceito jurídico indeterminado, limites normativos e discricionariedade judicial: 3.1 *Duração razoável*: conceito jurídico indeterminado e alguns critérios para sua delimitação; 3.2 Breve análise da discricionariedade judicial e o papel do julgador; 3.3 Limites normativos e discricionariedade (criatividade) judicial: uma coexistência necessária – 4. Conclusões – Bibliografia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata o presente estudo acerca do direito fundamental à "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", em especial com relação aos feitos penais, inserido no inc. LXXVIII do art. 5.º, da CF/1988, por força da EC 45, de 08.12.2004.

A abordagem central consiste na melhor compreensão das questões que envolvem a morosidade processual no sistema brasileiro e a formulação de questionamentos ou pontos de partida para que esse direito fundamental seja efetivado, e o Estado cumpra seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Não se pretende definir de maneira fechada e exaustiva o conceito de "duração razoável do processo", mas, sim, identificar alguns direcionamentos para sua melhor interpretação, em especial, em face da perspectiva do julgador na condução do processo.

Inicialmente, será feita breve análise da sociedade globalizada e da cultura da aceleração. Em seguida, analisar-se-ão as normas atinentes ao tema e que antecederam a EC 45/2004.

Será destacada a necessidade de concretização dos direitos fundamentais e a ligação entre o tempo de tramitação dos processos e a efetividade do direito de acesso à justiça. Também, serão apontadas algumas causas da demora na tramitação dos processos, bem como soluções indicadas pela doutrina brasileira e no direito comparado.

Ainda, será examinado o conceito jurídico indeterminado "duração razoável" e alguns critérios para a sua delimitação. Após, será procedida a análise da existência de discricionariedade judicial para fins de definição do tempo dos processos e o papel do julgador na condução dos feitos. Por fim, será indicada a necessidade de fixação de limites normativos, isto é, prazos máximos de tramitação processual, bem como a sua coexistência com a discricionariedade (criatividade) judicial, em face das especificidades dos casos concretos que poderão influenciar o tempo de duração dos processos.

1. Duração razoável do processo e o tempo

1.1 A sociedade globalizada, a aceleração e o tempo do direito

A sociedade atual vive a era do presenteísmo, do imediatismo e do individualismo, em face das evoluções tecnológicas e científicas, enfim, da modernidade.[1] Anthony Giddens[2] relaciona a modernidade com um período de tempo e uma localização geográfica inicial, conceituando-a como um estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que depois se tornaram mundiais.

Nas culturas modernas, o risco é representado pela reflexividade da modernidade,[3] a violência humana a partir da industrialização da guerra e a ameaça de falta de sentido pessoal decorrente dessa reflexividade.[4] Trata-se de um novo perfil de risco, consequente da vida social moderna, da globalização ou da "sociedade de risco".[5]

1. Paul Virilio sustenta que a aceleração decorrente da tecnologia modificou nossa forma de viver e nos direciona ao imediatismo, ao presenteísmo. Virilio, Paul. *A inércia polar.* Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993, p. 81-82.
2. Giddens, Anthony. *As consequências da modernidade.* Trad. Raul Fiker. 6. reimp. São Paulo: Unesp, 1991, p. 11.
3. A modernidade reflexiva pode ser conceituada como "o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica". Machado, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal – uma avaliação de novas tendências político-criminais.* São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 30.
4. Giddens, Anthony. Op. cit., p. 104.
5. "Sociedade de risco" é expressão do sociólogo alemão Ulrich Beck, cujo tema é abordado na obra *La Sociedad del Riesgo.* Beck, Ulrich. *La sociedad*

Com a passagem da assim denominada "modernidade pesada" para a "modernidade leve",[6] caracterizada por um mundo complexo, múltiplo e rápido, em que as estruturas duráveis já não são mais aceitas e o elemento espaço perde sua relevância, as longas distâncias agora são possíveis de serem percorridas à velocidade dos sinais eletrônicos, e conseqüente neutralização da diferença entre longe e perto, de maneira a fazer desaparecer os limites espaciais.[7] O espaço já não é mais fundamental, nem mesmo a presença (física) é necessária, pois, por meio da tecnologia virtual, as distâncias são reduzidas (não em função do espaço, mas agora em função do tempo) e é possível estar presente em vários lugares ao mesmo tempo.

As redes de comunicação e as tecnologias virtuais modificaram os limites de fronteiras político-geográficas, em razão da globalização, da formação de blocos econômicos e de intercâmbios culturais. Fala-se agora em "ciberespaço", um espaço imaginário ("não-lugar"), sem presença física, mas conectado à realidade, por meio do qual as mais diversas relações acontecem.

Assim, o tempo e a velocidade passam a constituir elementos de grande relevância na sociedade atual, e a conseqüente intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes, de maneira que os acontecimentos são modelados por eventos que ocorrem em regiões diversas e distantes. É o que é chamado de globalização.

No entanto, a modernidade, e com ela a "evolução" tecnológica e esse movimento apressado, apresenta duas faces, quais sejam: as instituições sociais desenvolvidas criaram e aumentaram oportunidades de existência de segurança e bem-estar para os homens; porém, ao mesmo tempo, o progresso foi obtido à custa da exploração laboral, degradações ecológicas, totalitarismos e "industrialização da guerra". Portanto,

del riesgo – hacia uma nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

6. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 132-137.

7. Vale ressaltar, no entanto, nos termos de Zygmunt Bauman, que "por mais próximo de zero que seja o tempo necessário para alcançar um destino espacial, ele ainda não chegou lá. Mesmo a tecnologia mais avançada, armada de processadores cada vez mais poderosos, ainda tem muito caminho pela frente até atingir a genuína 'instantaneidade'". BAUMAN. Op. cit., p. 138.

ao contrário do esperado da modernidade, qual seja, uma ordem social mais feliz e mais segura, vivemos em meio à insegurança e à incerteza.

Vivemos em uma sociedade indissociável do tempo e da velocidade, em que o lucro e a conquista de novos mercados são os objetivos primeiros e a não-durabilidade é a regra. Também o direito está relacionado intimamente com o tempo, até mesmo em razão de o processo ser dividido em uma série de atos sucessivos em um dado lapso temporal, e é importante que a implementação da norma jurídica tenha um tempo próprio, conforme François Ost, o qual também destaca a relação tempo e direito:

"(...) o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito (...) O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua acção se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo se trabalham mutuamente."[8]

Assim, em relação ao sistema judiciário, que também tem seu tempo próprio, é preciso ter em conta a situação específica do acusado e da ação penal pela qual responde, pois a demora demasiada para a conclusão da ação penal – verdadeira pena processual –, traz conseqüências irreversíveis, tais como a angústia injustificada, o estigma de imputado e as mais diversas discriminações, o que é ainda mais evidente se o acusado estiver preso cautelarmente.

Toda a modificação do sistema penal, decorrente da globalização e da sociedade do risco, tende à violação de garantias fundamentais conquistadas pela humanidade ao longo da história,[9] tais como a legalidade, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e a

8. Ost, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 14.

9. Luigi Ferrajoli ao tratar da história dos direitos fundamentais destaca que "(...) ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. (...)" Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantias – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 54.

efetiva prestação jurisdicional, efetividade esta que apenas se dá quando do julgamento do processo penal em tempo adequado.

Não há dúvidas, portanto, que também o direito penal está sendo influenciado pela globalização, e precisa dar uma resposta ao anseio da sociedade. Num mundo onde o que é valorizado é a instabilidade, a não-duração, o efêmero, é preciso manter a flexibilidade e a velocidade de adequação às constantes mudanças, e isso também é válido para o direito penal. Assim, o sistema jurídico haverá de passar por uma transformação, em especial quanto às formas e meios de produção de provas, valendo-se de todo o aparato tecnológico da modernidade – o que não tem ocorrido na persecução criminal –,[10] e também quanto à ideologia do legislador e do jurista em face do processo penal com relação ao tratamento dispensado ao réu, ou seja, uma resposta rápida e correta às ações penais.

1.2 O direito fundamental à duração razoável do processo e antecedentes normativos

Frente a essa sociedade acelerada, globalizada, também se espera do direito uma solução ao mesmo tempo rápida – pois enquanto não findar o processo o Estado estará apossando-se do tempo privado – e efetiva, ou seja, não apenas o acesso à justiça, mas uma justiça com observância das garantias fundamentais do acusado (verdadeiro devido processo legal).

O direito à celeridade dos julgamentos foi manifestado primeiramente em 1791, na VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, a qual previa o direito a um julgamento público e rápido (*speedy and public trial*).[11]

10. "Equipamentos eletrônicos – on line – instalados nas ruas e cruzamentos com o objetivo de arrecadar multas revelam a possibilidade de produzir prova difícil de contestar. Mesmo cobrindo as placas, o veículo pode ser identificado pelo número do chassi gravado nos vidros. Significa que o Estado investe em tecnologia e velocidade de informações, quando lhe interessa no campo tributário. O mesmo cuidado já não se observa na persecução criminal." THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais – tempo-tecnologia-dromologia-garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

11. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 17.

Nas Declarações Internacionais de Direitos, o tema dos direitos humanos veio a ser abordado após a II Guerra Mundial,[12] sendo que a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10.12.1948, art. X,[13] serviu de fonte para o art. 6.1[14] da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH),[15] subscrita em 04.11.1950, e dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969, a qual apenas entrou em vigor internacionalmente em 18.07.1978.[16]

Observe-se que o art. 6.1 do CEDH determina o julgamento em prazo razoável para processos tanto no âmbito cível quanto penal (estando o acusado preso ou solto), enquanto o art. 5.3[17] prevê, espe-

12. "A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito." PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 129.

13. "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela." Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

14. "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)"

15. Usualmente denominada Convenção Européia dos Direitos do Homem – CEDH.

16. A Convenção (CADH) é também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

17. "Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1.º, alínea *c*, do presente artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais, e tem direito a ser julgado num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo."
Assim estabelece o referido art. 5.º, § 1.º, *c*: "1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: (...)

cificamente, o direito de julgamento em prazo razoável para os feitos penais em que o acusado esteja preso, com a conseqüente liberação após o transcurso de prazo razoável.[18]

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) também estabelece tal direito em seus arts. 7.5[19] e 8.1,[20] sob os títulos "direito à liberdade pessoal" e "garantias judiciais".

Assim, da mesma forma que estabelecido na Convenção Européia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a duração razoável para todo e qualquer processo, e também especificamente em relação ao processo penal em caso de acusado preso, com a conseqüência de que, uma vez ultrapassada duração razoável do processo, seja colocado em liberdade.

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se por em fuga depois de a ter cometido."

18. Lopes Jr. e Badaró ressaltam a necessária distinção de três situações nas referidas Convenções:
"(1) o direito a um processo, de qualquer natureza (penal, civil, trabalhista...), em prazo razoável ou sem dilações indevidas;
(2) o direito a um processo penal em prazo razoável ou sem dilações indevidas;
(3) o direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado em um tempo razoável ou sem dilações indevidas." Lopes Jr., Aury; Badaró, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 20.
19. "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo." Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>.
20. "Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>.

O direito ao julgamento do processo em prazo razoável foi recepcionado pelo art. 5.°, § 2.°, da CF,[21] uma vez que o Brasil, em 25.09.1992, aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica, e o introduziu no direito interno pelo Dec. 678, de 06.11.1992.[22-23]

Com o advento da EC 45, de 08.12.2004, o direito à razoável duração do processo passou a ter *status* de garantia fundamental, com a inserção do inc. LXXVIII ao art. 5.° da CF:

"Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

O referido princípio constitucional traz a lume a discussão a respeito da necessidade de que o direito de acesso à justiça ocorra de forma efetiva, adequada e tempestiva. O direito fundamental em análise, repita-se, não pode ser considerado uma inovação no ordenamento jurídico, pois, além de estar assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos, a própria Constituição Federal, em seu art. 5.°, já vedava expressamente a tortura, o tratamento desumano ou degradante (III), previa o direito ao devido processo legal (LIV), à tutela efetiva (XXXV), ao contraditório e à ampla defesa (LV).

Portanto, o direito fundamental de acesso à justiça efetiva, sem violação dos direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana, já consistia em fundamento do direito a ser julgado num prazo razoável, porém, a partir da EC 45/2004, passou a ter novo destaque e maior relevância, de maneira que o sistema jurídico deverá atentar para a garantia

21. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

22. Publicado no Diário Oficial de 09.11.1992, p. 15562 e ss.

23. A respeito da hierarquia dos tratados com o direito interno, inclusive com relação ao novo § 3.° do art. 5.° da CF, acrescido pela EC 45/2004, ver lições de Lopes Jr. e Badaró. Op. cit., p. 24-34.

fundamental do processo sem dilações indevidas, sob pena de violação de princípio constitucional expresso.

Ainda, cumpre destacar que, além de o Brasil ser firmatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, é passível de ser demandado junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem por base os entendimentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que impõe a conformação do nosso sistema jurídico com os preceitos relativos aos direitos humanos.[24]

2. O PROBLEMA DA INADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 *Efetividade do acesso à justiça e aplicabilidade do inc. LXXVIII do art. 5.º da CF*

Diante do fenômeno da globalização e da aceleração, o Estado de Direito passa por uma crise, com ameaças aos direitos humanos, pois o homem é colocado em segundo plano.[25] É crescente a exclusão social, o estigma, a perda de *status* de cidadão e a desconsideração dos direitos, em face da ordem mundial que valoriza o eficientismo, em detrimento das conquistas democráticas e das garantias constitucionais. Assim, também no direito processual penal o operador do direito deve resistir a toda essa tendência de sonegação das conquistas democráticas da modernidade e lutar pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais.[26]

24. O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, julgado em 04.07.2006, concernente, entre outras questões, ao direito de acesso à justiça com direito à pronta prestação jurisdicional. Disponível em: <www.aurylopes.com.br/equipe.html>.

25. Aliás, como afirma Luigi Ferrajoli, quanto à constituição do Estado de Direito: "La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización y constitucionalización de estos derechos a través de lo que en el apartado 26.4 he llamado 'incorporación limitativa' al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de los poderes públicos." FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 859.

26. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). *Anuário iberoamericano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 197.

A proteção jurídica por meio dos tribunais está previsto no inc. XXXV do art. 5.º da CF,[27] o qual estabelece o direito ao acesso à justiça. Porém, não basta a simples previsibilidade de um recurso à autoridade jurisdicional (acesso formal), mas, sim, deve ser possibilitada a verdadeira justiça, por meio de processo eficiente e expedito. Portanto, o direito ao acesso à justiça implica uma gama de direitos a serem observados para que a tutela dos direitos seja materializada, pois oportunizar a simples discussão judicial, por si só, não garante a proteção dos direitos fundamentais. "Ao contrário, pode levar a um estado de conformação e perpetuação do arbítrio legitimado pela (não) atuação judicial."[28]

Com relação à aplicabilidade do novo dispositivo, é preciso atentar que não fique restrito à mera previsão formal, a exemplo de muitos outros institutos.[29] Esse instrumento de proteção dos direitos humanos, agora com mais vigor, está disponível ao operador do direito para que seja efetivado o direito ao processo célere, devendo ser questionada a constitucionalidade de qualquer procrastinação indevida.

Questiona-se a auto-aplicabilidade do novo dispositivo constitucional, pois a simples previsão desse direito, por si só, pode não ser capaz de resolver o problema da morosidade processual. No entanto, o § 1.º do art. 5.º da CF estabelece que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Não se desconhece que são diversas as concepções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, porém, é certo que, a grande maioria dos entendimentos é no sentido de aceitar

27. "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." A primeira vista pode parecer que o constituinte de 1988 pretendesse impor a questão somente ao Poder Legislativo, em razão de proibir que lei vede recurso à jurisdição. Porém, a intenção do constituinte foi também a de submeter o Poder Judiciário à obrigação de prestar tutela jurisdicional, de maneira que todas as lesões ou ameaças deverão ser apreciadas por esse Poder. ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 75-76.

28. Idem, p. 63.

29. É preciso ter presente que, embora não de maneira expressa, o direito ao julgamento do processo em prazo razoável já era previsto em outros dispositivos da Constituição Federal, antes mesmo da EC 45/2004, além de consistir direito expresso no Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu. Porém, mesmo assim, o direito ao processo em tempo adequado não era observado.

que inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, mas "determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos."[30]

Segundo Ingo W. Sarlet, a melhor exegese do art. 5.º, § 1.º, da CF, "é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico" e que estabelece "aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais", podendo se "atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais."[31]

Em reforço ao entendimento da aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos fundamentais, no direito comparado, J. J. Gomes Canotilho assevera que a "aplicabilidade directa" significa "a rejeição da 'ideia criacionista' conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal".[32]

Outrossim, é essencial destacar que o inc. LXXVIII do art. 5.º da CF não se restringe apenas a previsão de direito a "razoável duração do processo", mas, sim, também aos "meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Portanto, o novo dispositivo constitucional determina, justamente, a criação, se ainda não existentes, de meios capazes de concretizar o direito em análise, muitos destes certamente a serem especificados por novos preceitos legais, o que, no entanto, não afasta a aplicabilidade imediata do referido preceito constitucional.

Cumpre ao Estado reconhecer a maior eficácia possível ao direito do julgamento do processo em prazo razoável,[33] em face da regra constitucional da aplicação imediata dos direitos fundamentais, e aos aplica-

30. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 260.

31. Idem, p. 282-283.

32. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 438 e 1.164.

33. "(...) aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de

dores da lei a adequada interpretação da norma ao caso concreto, sem descurar da observância dos demais direitos do processado, em especial o efetivo direito de acesso à justiça.

O acesso à justiça está inserido no campo da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1.°, III, da CF, e condiciona-se não apenas ao direito de recurso à via judicial (garantia formal),[34] mas também à efetividade da tutela judicial na concretização dos direitos fundamentais e garantia da dignidade da pessoa humana.[35]

Nesse contexto, o tempo da tramitação dos processos está diretamente ligado à efetividade do acesso à justiça. As soluções jurídicas devem ser dadas em tempo razoável (plano qualitativo) e de forma acessível a todos (plano quantitativo), pois o atraso na realização da justiça viola esse direito de acesso aos tribunais. Assim, a marcha processual deve ser célere, por todos os meios aptos à rápida solução processual, sem, no entanto, descurar da oportunidade de reflexão e amadurecimento da decisão judicial, após ampla instrução probatória, ou seja, com equilíbrio entre um processo não demasiado rápido, com violação de garantias, e um excessivamente lento, o que configuraria uma negação da justiça.

2.2 *Algumas causas da morosidade processual e soluções apontadas pela doutrina brasileira e no direito comparado – necessário equilíbrio na duração do processo*

Há uma tendência e a pretensão de querer que os problemas sociais sejam resolvidos por meio do direito penal. No entanto, apenas os bens jurídicos mais valiosos requerem proteção penal, com a conseqüente tipificação de condutas – direito penal como *ultima ratio legis* –, pois determinados conflitos devem ser solucionados por meios adminis-

sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição." SARLET.Op. cit., p. 283.

34. O acesso à justiça não se confunde com o simples acesso ao Judiciário.

35. "Não basta, pois, que se tenha direito ao processo, delineando-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias asseguradas ao usuário da justiça, num breve prazo de tempo, para o atingimento do escopo que lhe é destinado." CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria.. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 106-107.

trativos ou no âmbito cível. A panpenalização gera ao mesmo tempo excesso de novas legislações penais e aumento do número de ações penais instauradas, e, por conseguinte, sobrecarga do Poder Judiciário.

Convém ressaltar, que o problema da *crise do Judiciário*, decorre muito mais dessa distorcida utilização do direito penal como promessa de solução dos conflitos sociais (movimentos de *tolerância zero* e *law and orde*, aliados ao direito penal máximo e Estado mínimo), e não da falta de estrutura física ou no número de juízes, promotores e servidores públicos.

O conceito de morosidade processual é de difícil definição, pois não é possível o estabelecimento de um parâmetro aplicável a todos os processos, uma vez que a complexidade e as necessidades especiais de cada processo podem levar tempos diferentes para seu término, sem que se verifique a morosidade. O ideal é encontrar o ponto de equilíbrio entre a celeridade e a qualidade de justiça dos processos.[36]

A morosidade decorre do anormal lapso de tempo transcorrido e pode se relacionar a fatores exógenos ou endógenos ao processo. Embora as questões mais complexas, em geral, demandem mais dilação do processo, estas podem ser restritas a determinadas fases e não a todo o processo. Também as decisões divergentes podem dar causa a demora processual, num *vai e vem* do processo entre os tribunais, decorrente, por vezes, de erros, de alteração de normas procedimentais, dos diversos recursos interpostos – alguns até mesmo inúteis –, fazendo com que o processo fique parado por longo período. Ainda, a burocratização dos procedimentos, formais e complicados, contribui para os atrasos do processo, ainda mais quando se trata de incidentes desnecessários ou demorados, tal como restituição de bens, requerimento de simples retificação de erros materiais, pedidos de informações, atos que envolvem funcionários, ou atos de juízes, mas de mero expediente, sem qualquer conteúdo jurídico, o que atrasa o processo e prejudica o sistema judicial ("andamento aparente do processo").[37]

36. GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Ed. Coimbra. Tribunais em Sociedade – 1. Ministério da Justiça – Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, maio 2003, p. 20.

37. Estas são algumas das conclusões a respeito das causas da demora judicial concernente aos casos judiciais de Portugal analisados na obra de Conceição

A dificuldade e a demora desnecessária na comunicação é outro grave problema do sistema judicial. A não utilização de modernos meios de comunicação entre os diversos órgãos, capazes de obter informações instantaneamente, bem como os *tempos mortos*[38] dos processos levam ao desperdício de tempo. A falta de comunicação expedita, com a conseqüente morosidade processual, é percebida em face do longo período que por vezes decorre para o cumprimento de cartas precatórias ou rogatórias, em razão da ausência de interação e articulação no funcionamento entre as instituições judiciárias.[39] Portanto, o problema reside na falta de mecanismos de controle desses *tempos mortos* e não na existência de prazos legais para cumprimento de atos processuais.

Em face dessas causas de morosidade processual, e do caráter punitivo do excessivo e injustificado tempo de submissão ao constrangimento estatal, questionam-se os meios e formas de evitar dilações indevidas nos processos penais. A demora processual não é solucionável com medidas isoladas ou por supostas fórmulas infalíveis, sendo necessárias novas regras processuais e nova cultura judiciária, além do redimensionamento de recursos humanos e materiais, para que sejam oferecidas verdadeiras garantias de soluções jurídicas, em tempo razoável e acessível a todos, com base nos princípios do estado democrático de direito,[40] pois o princípio constitucional da legalidade orienta os limites ao poder estatal de punição.

Conforme bem destacado pelos autores Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, "o ideal seria uma boa dose de coragem legislativa para

Gomes, igualmente verificáveis nos processos judiciais brasileiros. Gomes. Op. cit., p. 254, 256 e 258.

38. *Tempos mortos* são aqueles períodos de tempo de espera que impedem o avanço do processo, como acontece quando se aguardam informações ou a realização de diligências para dar seqüência aos demais atos processuais. Idem, p. 126.

39. "A gestão e comunicação burocratizadas geram disfuncionalidades graves no sistema judiciário com reflexos dramáticos na tramitação dos processos, contribuindo de forma significativa para a sua dilação." A autora destaca que a falta ou falha na articulação da comunicação entre os tribunais pode ocasionar, inclusive, atos inúteis ou contraditórios entre si, tal como o julgamento de recurso que determina a manutenção de prisão preventiva, ao mesmo tempo em que já tenha sido proferida decisão de mérito na ação penal, com absolvição do acusado. Idem, p. 264 e 265.

40. Idem, p. 268.

prever claramente o prazo máximo de duração do processo e das prisões cautelares, fixando condições resolutivas de descumprimento".[41]

Um exemplo das modificações processuais que garantiriam o direito ao processo penal em tempo razoável é a necessidade de fixação de prazo máximo para a duração da prisão cautelar, não prevista em nosso ordenamento jurídico. Ainda, a redução dos *tempos mortos* poderia ser efetivada com a desburocratização dos procedimentos, o que, no entanto, não significa a mera aceleração procedimental, utilitarista, causadora de insegurança jurídica e violadora de direitos e garantias fundamentais do acusado. A aceleração do processo deve ocorrer por meio da inserção das modernas tecnologias disponíveis para agilizar e otimizar atos cartorários e judiciais.

Outros meios de debelar a morosidade processual são as soluções apontadas por Daniel Pastor[42] para os casos de indevidas dilações de processos, quais sejam: (a) compensatórias (de natureza civil, por meio de indenização por danos materiais e/ou morais e penal, com a incidência da atenuante inominada do art. 66 do CP); (b) processuais (tais como a extinção do feito, arquivamento, declaração de nulidade, suspensão da execução ou dispensa da pena, indulto e comutação, o que certamente encontraria fortes resistências);[43] e (c) sancionatórias (com a punição de servidores, incluindo promotores e juízes, responsáveis pela dilação indevida).

Com relação às soluções sancionatórias, ganha destaque a alínea *e* do inc. II do art. 93 da CF, acrescentada pela EC 45/2004, a qual estabelece que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão". A propósito, o acúmulo de serviço e o crescente número de processos que tramitam nos tribunais brasileiros, não podem servir de justificativa para a demora no julgamento, pois cumpre ao Estado a organização do Poder Judiciário como

41. Lopes Jr.; Badaró. Op. cit., p. 127.

42. Apud Lopes Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124-126. A referida classificação é de Daniel Pastor, também adotada por Lopes Jr.

43. Outra solução processual é a inclusão de recurso em pauta, na primeira sessão após o término do prazo legal, sempre que ultrapassado o prazo para manifestação do Tribunal. Lopes Jr.; Badaró. Op. cit., p. 128.

órgão pronto a realizar a prestação jurisdicional efetiva, aí incluídos os meios materiais e humanos necessários à administração da Justiça.

Quanto à adoção de limite normativo à duração do processo, o sistema do Paraguai é um exemplo, cujo Código de Processo Penal (Ley 1286/1998) estabelece instrumentos para evitar a dilação processual indevida, tal como a extinção do processo, caso seja ultrapassado o prazo máximo de três anos sem julgamento. Na fase pré-processual, caso não haja manifestação do Ministério Público, no prazo de 10 dias, ou pedido de diligência ou prorrogação de prazo, também será declarado extinto o processo. Ainda, não havendo julgamento no prazo legal de recurso interposto contra prisão cautelar, o imputado pode exigir despacho a ser proferido em 24 horas, caso contrário, se entenderá que lhe foi concedida a liberdade.[44]

Também o Código de Processo Penal italiano prevê limites à duração da prisão cautelar, levando em conta a gravidade dos delitos e as fases do processo; o sistema penal alemão prevê prazo máximo de seis meses de duração da prisão preventiva, só podendo ser excedido em casos complexos que requeiram a dilação; já o Código de Processo Penal português estabelece prazos fixos de duração da prisão preventiva de acordo com a fase processual; e, ainda, a Argentina tem previsão, em seu Código de Processo Penal, de duração máxima de dois anos para o julgamento de um processo.[45]

No Brasil, ao contrário dos sistemas acima referidos, não há previsão de prazo máximo para a prisão cautelar, tampouco de limites normativos referente à dilação dos processos. Porém, cumpre destacar que o PL 4.207/2001, já convertido na Lei 11.719, de 20.06.2008, cujo principal objetivo é o de dar eficiência ao processo penal, alterou os procedimentos comuns que passam a ser sumário, ordinário e sumaríssimo, caracterizados pela maior celeridade dos atos processuais.

Exemplificativamente, há previsão de defesa prévia ao recebimento da denúncia, possibilitando que muitas denúncias infundadas sejam rejeitadas (verdadeira antecipação de sentença absolutória), com a conseqüente diminuição de *habeas corpus* impetrado para fins de trancamento de ação penal, bem com do próprio número de ações penais

44. Para uma análise dos artigos do Código de Processo Penal do Paraguai relacionados ao tema: LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 117-118.

45. A respeito ver: Idem, p. 99-100.

em tramitação. Também há previsão de audiência una de instrução e julgamento, com o fortalecimento da oralidade.

No entanto, mais uma vez, a reforma processual deixa de prever a fixação de prazos máximos para a duração do processo penal, nem mesmo para os casos de réu preso cautelarmente, de maneira que cumpre ao aplicador do direito primar pela observância no *novo* direito fundamental, a fim de que a duração do processo seja norteada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Outrossim, em face da necessária razoabilidade do tempo despendido para o julgamento dos processos, o princípio da proporcionalidade deve ser orientador para a concretização do direito fundamental previsto no inc. LXXVIII do art. 5.º da CF.

O princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso) está diretamente ligado aos elementos ou subprincípios da "adequação" do meio utilizado para concretização de determinado fim; da "necessidade" da medida para a conservação de direito fundamental, devendo ser a mais eficaz e a menos gravosa; e da "proporcionalidade em sentido estrito", representado pela idéia de equilíbrio (justa medida) entre a restrição e o fim a que se destina.[46]

Portanto, a duração do processo deve estar condicionada ao objetivo de máxima eficácia e otimização dos direitos fundamentais concorrentes (no caso, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, fundamentação dos atos decisórios, entre outros), de maneira que a intervenção estatal se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida. Em outras palavras, deve estar pautada no equilíbrio entre dois extremos: de um lado o processo efêmero, com mera aceleração procedimental e atropelo de direitos e garantias fundamentais, e de outro, o demasiado lento, a ponto de constituir uma pena processual, e negação da tutela jurisdicional.

O novo dispositivo constitucional em análise tem como objetivo a celeridade processual, porém a análise do tempo de duração do processo não pode ficar restrita a mera aceleração de procedimentos (utilitarismo processual), em especial no âmbito do processo penal.[47] Não há dúvidas

46. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 269-270.

47. A exemplo do que, por vezes, ocorre nos Juizados Especiais Criminais, cujos procedimentos de transação e composição penal podem romper as mínimas garantias constitucionais atinentes ao processo penal, em prol da dinamização criminal.

de que os instrumentos para a celeridade processual são meios para que não haja dilações indevidas, mas os meios não justificam irrestritamente os fins, ou seja, ainda que se busque o rápido término dos processos, o direito à dignidade e as garantias fundamentais sempre deverão ser observadas, tal como a efetiva ampla defesa, com produção de todas as provas necessárias ao esclarecimento dos fatos e maturação do processo antes da decisão judicial, o que, dependendo da complexidade do caso, pode demandar maior lapso temporal.

Por outro lado, o processo não deve ser demasiado lento, com procrastinações injustificadas, pois além de distanciar a prova da data do fato, o que dificulta sua valoração, também viola direitos fundamentais do processado, dentre eles, o de ter o processo julgado em tempo razoável.

Deste modo, o tempo de tramitação deve ser proporcional (razoável)[48] em relação ao que foi realizado no processo, sempre atrelado ao princípio da proporcionalidade, na medida da complexidade dos fatos e circunstâncias que envolvem os delitos investigados, bem como nos demais aspectos tendentes a influenciar o ritmo da atividade processual.

3. *Prazo razoável*: conceito jurídico indeterminado, limites normativos e discricionariedade judicial

3.1 Duração razoável: *conceito jurídico indeterminado e alguns critérios para sua delimitação*

A EC 45/2004, ao acrescentar o inc. LXXVIII ao art. 5.º da CF, o qual estabelece o direito à "razoável duração do processo", utilizou-se de um conceito jurídico indeterminado.

48. François Ost assevera que "se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação da justiça, não se deve esquecer, inversamente, que o 'prazo razoável' em que a justiça deve ser feita entende-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedito". E acrescenta que "o direito é medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo (...)" quais sejam: "norma, proporção, limite e ritmo", sendo que este último refere-se a "harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo concedido ao andamento do social. Demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a acção." Ost, François. Op. cit., p. 382-383, 426.

Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados[49] e, neste caso, consistem em válvulas de escape do intérprete, de maneira a possibilitar a aproximação do direito às complexas e dinâmicas transformações sociais. Deste modo, diante de um conceito jurídico indeterminado ou vago, cumpre ao julgador apreender o seu conteúdo e interpretá-lo, com base nas expressões de valores que constituem tal conceito, mas sempre atrelado ao caso concreto e ao momento em que estiver sendo aplicado, em face das variações dos significados e das específicas circunstâncias factuais.[50]

Para uma melhor compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, passa-se à definição de seus componentes, quais sejam, o "núcleo conceitual" e o "halo conceitual". O "núcleo conceitual" é a representação clara do conteúdo e do alcance do conceito, enquanto que o "halo conceitual" se refere às dúvidas do conceito.[51] Assim, o "halo conceitual" é a margem deixada pelo legislador, sem pormenorizar a norma, para que o aplicador da lei melhor a interprete, com vistas às especificidades dos casos concretos.[52]

Deste modo, as expressões "duração razoável", "prazo razoável" ou até mesmo "dilações indevidas", todas relacionadas ao direito

49. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208-209.

50. Arruda Alvim, ao dispor sobre a utilização de conceitos jurídicos indeterminados refere que "deve a aplicação deste sistema provocar uma interação entre a norma e a realidade, esta última sendo 'operada' por aquela, e a realidade 'alimentará' a significação da norma". ARRUDA ALVIM. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al (orgs.). *A reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre e EC 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 80.

51. ENGISCH. Op. cit., p. 209.

52. Em defesa da existência de um "núcleo" e de um "halo conceitual" nos conceitos jurídicos indeterminados, Marcelo Harger refere que: "Isso implica dizer que há certas situações que fatalmente estarão inclusas no conceito. Outras, por sua vez, jamais serão por ele abrangidas. Outras, ainda, estarão numa zona de incerteza onde não é possível dizer se podem ser enquadradas no limite do conceito. Estabelecida essa estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade desaparece tanto na zona de certeza positiva quanto na zona de certeza negativa e permanece, somente no halo do conceito. Delimita-se, com isso, a sua extensão." HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. *RT* 756/32-33. São Paulo: Ed. RT, out. 1998.

fundamental em análise, guardam relação com o "núcleo conceitual" do conceito jurídico indeterminado. Por sua vez, a definição do "halo conceitual" requer do aplicador da lei a utilização de critérios e valores de referência para a identificação da duração razoável do processo no caso concreto.

A expressão "razoável duração do processo" pode ser conceituada como o lapso temporal para o término de um processo, sem postergação infundada de prazos e termos (dilação indevida). Assim, eventual dilação justificada do processo, em face de suas peculiaridades, não viola o direito à celeridade processual, mas, sim, a demora dolosa ou negligente para que se finde o processo, esta sim, representa a inobservância do direito fundamental. A demora inaceitável (indevida) não decorre da simples inobservância dos prazos processuais prefixados, mas da inércia do órgão jurisdicional.

Assim, "duração razoável", sob a perspectiva do "núcleo conceitual" do conceito jurídico indeterminado, em síntese, consiste no lapso temporal de tramitação do processo, norteado não apenas pelo cumprimento dos prazos processuais, mas também pela não ocorrência de inércia ou demora injustificada do órgão jurisdicional responsável pela direção das etapas do processo, bem como pela observância dos demais direitos fundamentais do processado.

Estabelecida uma conceituação da expressão "duração razoável" (núcleo conceitual), merece especial atenção o "halo conceitual" do conceito jurídico indeterminado em análise. Como já anteriormente referido, o "halo conceitual" representa a parcela do conceito jurídico indeterminado deixada pelo legislador ao aplicador da norma na singularidade de cada processo.

A identificação do "prazo razoável" do processo, necessariamente, deverá nortear-se por parâmetros referenciais, ou seja, critérios de definição da razoabilidade. Tais referenciais terão como função a orientação do aplicador da norma para fins de valoração dos vários elementos caracterizadores do caso concreto. Como já analisado anteriormente, também o princípio da proporcionalidade é determinante na apreciação dos conceitos "prazo razoável" ou "duração razoável" do processo e a harmonia entre os princípios em jogo se dará de acordo com a especificidade de cada caso.

Nesta linha, ainda que se estabeleçam limites legais com prazos máximos para a duração do processo, persistirá a dúvida sempre que um

caso específico não se encontrar em um dos extremos, ou seja, estiver em uma espécie de "zona de penumbra", em que não se tem a resposta diretamente estabelecida na norma. Esses elementos nebulosos do conceito jurídico indeterminado ("halo conceitual") requerem a fixação de critérios para aferição do que seja "duração razoável do processo".

Para tanto, e procurando afastar a mera subjetividade judicial para a definição desse conceito aberto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apresenta alguns critérios de razoabilidade a fim de orientar o aplicador da norma.

Primeiramente, cumpre referir que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu sete critérios de razoabilidade, aplicáveis apenas em relação aos casos em que o acusado esteja preso, nos termos do art. 5.3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem.[53] Dentre eles, o Tribunal entende aplicáveis para a definição da duração razoável do prazo do processo (art. 6.1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem) apenas três critérios, quais sejam: a complexidade do caso; o comportamento processual do imputado; e a atuação do órgão jurisdicional. Tais critérios também têm sido invocados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.[54]

Não se pretende aqui aprofundar o exame dos critérios apontados, mas, sim, destacar alguns aspectos a serem observados pelo aplicador da norma para fins de análise do conceito "duração razoável do processo" de acordo com a singularidade que é característica de cada processo.

Para a correta compreensão do que seja tempo razoável para a tramitação de um processo, é essencial que se afaste a visão sinonímica de duração razoável e celeridade processual. Por vezes, a complexidade fática ou jurídica do caso requer maior lapso temporal para que sejam esclarecidas as questões em exame, até mesmo para que não ocorram

53. Os sete critérios para facilitar a determinação do prazo razoável, em caso de acusado preso, seriam: 1) a efetiva duração da detenção; 2) a duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, grau da pena cominada que se possa prever par o suspeito, e o sistema legal de abatimento da prisão no cumprimento da pena que no caso venha a ser imposta; 3) os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz no detido quanto ultrapassam as normais conseqüências da mesa; 4) a conduta do acusado; 5) as dificuldades da instrução do caso; 6) a forma em que se desenvolveu a instrução; e 7) a atuação das autoridades judiciais.

54. LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 40-41.

violações de direitos, tais como a ampla defesa e o contraditório. É o que ocorre com certos tipos de delitos, tais como os econômicos ou falimentares, em regra mais complexos. Também a necessidade de realização de perícias, de cumprimento de cartas rogatórias, do volume de documentos a serem examinados ou do grande número de co-réus determinam maior dilação temporal.[55]

Assim, embora o direito à celeridade processual, não será razoável a duração do processo se, em razão da sua complexidade, for tomada decisão rápida, com suporte probatório inadequado ou insuficiente. Ao juiz cumpre o julgamento da causa em tempo razoável, mas com base em provas suficientes para o seu convencimento.

Ainda, para aferir a razoabilidade em concreto, outro critério indicado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos é o comportamento processual do imputado, para fins de verificar até que ponto o titular do direito fundamental deu causa à dilação do processo e se esta era injustificada.

Neste ponto a questão não se mostra pacífica, ao menos com relação à atuação passiva do imputado e de sua defesa, pois, além do direito à ampla defesa, ao acusado é dado o direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, não podendo ser punido pela inércia processual.[56] Outrossim, admite-se o afastamento de suposta violação do direito fundamental ao julgamento do processo em tempo razoável, na hipótese de estar demonstrado que os atrasos no processo foram provocados de maneira infundada pelo acusado, com evidente má-fé. A manipulação abusiva de técnicas pela própria defesa não pode beneficiar o imputado sob o manto de alegada demora do processo, uma vez que, intencionalmente, lhe deu causa.[57]

Porém, cabe atentar que não deve ser tolhido o mais amplo direito de defesa do acusado, e para tanto necessita dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação de sua defesa, nos termos do esta-

55. Idem, p. 67.

56. Idem, p. 64-65.

57. A Comissão Européia dos Direitos Humanos já considerou como dilação indevida imputável ao réu: o uso de recursos com fim meramente protelatório; a freqüente mudança de domicílio, retardando intimações; a troca de defensores ou a recusa dos oferecidos pelo Estado. Conforme LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 65.

belecido na alínea *c* do art. 8.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos.[58]

Por fim, o terceiro critério para aferição da duração razoável do processo é a conduta das autoridades judiciais no processo. A responsabilidade do órgão jurisdicional com relação à dilação indevida pode estar relacionada com a deficiente condução da instrução do processo, bem como na carência de meios, ou inadequada organização dos Tribunais dos Estados, e, neste último caso, teríamos a responsabilidade do Poder Executivo perante o cidadão.[59]

Por vezes, os juízes proferem suas decisões com base em deficientes elementos probatórios, e para tanto se valem de alegações, tais como o elevado número de processos, a sobrecarga de trabalho e a deficiência estrutural e de pessoal do Judiciário. De fato, é corrente que o número de juízes e servidores é insuficiente para o julgamento adequado dos processos,[60] porém é dever do Estado suprir eventuais falhas de estrutura do Poder Judiciário. Não é admissível que um processo perdure por longos anos, com violação de direito fundamental, em decorrência da ineficiência estatal.

Ainda, a definição da razoabilidade do tempo de tramitação de um processo calca-se na perspectiva qualitativa do lapso temporal, ou seja, não basta verificar o período transcorrido, mas, sim, como este tempo foi empregado pelas autoridades judiciárias e se houve dolo ou culpa na condução inadequada do processo.

Ocorre que, embora o aqui exposto, o sistema brasileiro não prevê limites e critérios para a aferição da razoabilidade do tempo de duração dos processos. O art. 5.°, LXXVIII, da CF não fixa limites e tampouco há legislação ordinária que estabeleça prazos, deixando em aberto a definição do que seja prazo razoável de tramitação dos processos, em

58. "(...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) *c)* concessão ao acusado de tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa."

59. LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 68-69.

60. "(...) se em matéria penal, o juiz fizesse o que tem a obrigação de fazer, especialmente para o estudo da pessoa do imputado, o menos importante dos processos tomaria um dia inteiro de trabalho, e não como acontece freqüentemente que tais processos menores se celebram às dezenas em uma única audiência." CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002, p. 122.

evidente adoção da assim denominada doutrina do "não-prazo".[61] Nem mesmo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem fixou limites temporais.

Outrossim, como será mais adiante analisado, a simples criação de critérios flexíveis de razoabilidade, sem a fixação de limites normativos, não soluciona o problema das dilações processuais, pois é temeroso que a definição do direito fundamental à duração razoável do processo fique adstrita tão-somente à critério da discricionariedade.

Por outro lado, mostra-se relevante uma breve reflexão a respeito da discricionariedade judicial e da importância da atuação do juiz na aferição da razoabilidade do tempo de tramitação do processo de acordo com o caso concreto.

3.2 *Breve análise da discricionariedade judicial e o papel do julgador*

Estabelecida a análise do conceito jurídico indeterminado da "duração razoável do processo" e alguns critérios para a sua definição, mister que se verifique a atuação do órgão jurisdicional, mais especificamente, do juiz, com relação a condução do processo e a apuração da sua razoabilidade temporal.

A previsão constitucional do direito fundamental à duração razoável do processo consiste em um dever estatal e judiciário, o que exige um comportamento ativo do Estado, não apenas do Poder Legislativo na criação de meios que garantam a celeridade processual, mas também do Poder Judiciário, em especial por meio do juiz, cujo comportamento na condução do processo deve nortear-se pela busca da efetividade desse direito do processado.

Como já anteriormente ressaltado, a singularidade do caso judicial irá estabelecer se o processo tramita em tempo razoável, em face de suas particularidades, ou se estamos diante da hipótese de dilação injustificada. Deste modo, não há como afastar por completo a discricionariedade judicial, ainda que sejam estabelecidos parâmetros legais,[62] pois o legislador não pode prever todas as situações passíveis de ocorrer,

61. LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 50.

62. A necessidade de que sejam estabelecidos limites normativos para a duração dos processos será analisada no item 3.3 deste trabalho.

nem estabelecer normas imutáveis, tendo em vista a dinâmica da vida social.[63]

Deve-se ressalvar que a discussão em torno da discricionariedade judicial não se limita aos conceitos jurídicos indeterminados, e possui contornos bem mais amplos que os analisados neste trabalho. A idéia de discricionariedade judicial guarda relação com a hermenêutica construtiva/criativa do direito,[64] mas não arbitrária, o que, aliás, seria uma interpretação apressada e equivocada. A retrógrada idéia do juiz como mero aplicador da lei, através de um processo de simples dedução ou subsunção, sem atenção às peculiaridades do caso concreto, não é mais admissível.[65] Assim, nos casos de conceitos jurídicos indeterminados, tais como o "prazo razoável" de tramitação do processo penal, impõe-se a incursão na análise da discricionariedade.

Primeiramente, impende destacar que parcela da doutrina não aceita a existência da discricionariedade judicial, concebendo-a tão-somente como uma "certa margem de liberdade" outorgada ao aplicador da norma em face da fixação de conceitos jurídicos indeterminados.[66] Para essa corrente doutrinária, a discricionariedade seria própria da função administrativa, ou seja, os Poderes Legislativo e Judiciário apenas atuariam com discricionariedade quando no desempenho de tarefas tipicamente administrativas, mas nunca em decorrência das funções que lhes são próprias.[67]

O entendimento de parte da doutrina, que busca demonstrar a inexistência de discricionariedade judicial, se deve, certamente, ao temor

63. HARGER, Marcelo. Op. cit., p. 20.

64. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 13.

65. "Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como simples ato de subsunção, não tem sustentação." GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer, com nova revisão da trad. Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 433.

66. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1980, p. 65.

67. HARGER, Marcelo. Op. cit.,p. 24.

de que a atuação judicial seja excessivamente subjetiva. Porém, ainda que haja divergência quanto à existência de discricionariedade judicial ou de apenas "margem de liberdade" ao decidir, é certo que "algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formação de juízos de valor".[68]

De maneira alguma se pretende aqui defender a subjetividade judicial em sobreposição à norma, mas, sim, que existe, e até mesmo é necessária, certa dose de discricionariedade do julgador em face do caso concreto, premissa esta que também se aplica por ocasião da condução do processo e apuração do razoável prazo de tramitação, em observância ao expresso direito fundamental constitucional.[69]

Por mais que a atividade judicial esteja sujeita aos preceitos legais, aliás, imprescindível para afastar qualquer arbitrariedade e nulidade, não há como negar que a decisão judicial é inseparável da idéia de discernimento, ponderação, critério e bom-senso, o que supera a concepção equivocada de que toda e qualquer discricionariedade judicial é negativa, ou que representa um problema. Outrossim, nas sábias palavras de Benjamin Cardozo[70] "podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos".[71]

A aceitação da existência de discricionariedade judicial, também aplicável à definição da "duração razoável" do processo, indica a perspectiva de mudança do paradigma do juiz mero aplicador da lei, ou seja,

68. BARBOSA MOREIRA. Op. cit., p. 65.

69. Para Karl Engisch "é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário judicial".Op. cit., p. 225-226.

70. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

71. Nessa linha, Mauro Cappelletti afirma que "com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc.". CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 21.

na aceitação de uma atividade criadora/criativa.[72] Entretanto, é preciso frisar, novamente, que esse *agir* do juiz não significa atuação arbitrária e desvinculada das leis e dos princípios do direito, mas, sim, agir criativo no sentido de valorar o tempo de tramitação do processo de acordo com as particularidades do caso concreto.

Com isso, abandona-se a idéia de que cumpre ao julgador unicamente a função de declarar a "vontade única da lei" concebida pelo legislador, o que, no entanto, não autoriza o magistrado a legislar, mas tão-somente torna possível a criatividade da função jurisdicional, ou seja, a discricionariedade judicial.[73]

A função jurisdicional está fundada na garantia da aplicação justa da norma, e, para tanto, o julgador sempre estará influenciado pelas circunstâncias de sua vida, como é inerente à condição humana. Ademais, não seria adequado exigir que o juiz se despojasse das noções por ele apreendidas ao longo da vida, sob condições análogas aos demais membros da comunidade.[74]

De acordo com a visão tradicional, o processo penal é composto por sujeitos parciais (as partes) e por um sujeito imparcial, considerado o mais importante (o juiz), representante do Estado, com a função de aplicar os preceitos da ordem jurídica aos conflitos jurídicos concretos. Ocorre que, embora o juiz não queira (racionalmente) ser parcial, ele não deve ser considerado neutro, tampouco perfeito, pois está sujeito a sua própria história e a da sua sociedade.[75]

Segundo Jacinto Coutinho, passou a época em que se aceitavam os discursos universais. Agora os agentes do conhecimento podem ques-

72. Conforme assinala Mauro Cappelletti, a tarefa do juiz reúne em si tanto a função de interpretar quanto a de criar o direito, pois "a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade". Idem, p. 128-129.

73. Segundo Lídia Prado, "vários teóricos (...) entendem a função jurisdicional como uma atividade criadora, pois à concepção da sentença ou da decisão administrativa como um silogismo caiu em descrédito". Prado, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 13.

74. Barbosa Moreira. Op. cit., p. 62.

75. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 10-15.

tionar-se, participar e construir a realidade, o seu mundo, sem esconder suas ideologias e escolhas. Portanto, a tese da neutralidade não mais se sustenta, pois vige a idéia da "dialética da participação". Nesse sentido é a epistemologia do "Movimento do Direito Alternativo".[76]

A contribuição dessa nova teoria do conhecimento, que é a interdisciplinaridade, consiste em possibilitar que, "na produção do saber, não se incida nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo)".[77]

A função criadora do direito é inerente à atividade judicial, por meio da qual o juiz, não somente por ocasião da sentença, mas durante toda a condução do processo, deve atentar às particularidades do caso concreto, e, com relação à duração do processo, sopesar o tempo de tramitação e as implicações da demora ao processado.

Em vista do exposto, denota-se que a discricionariedade judicial será, necessariamente, o arrimo do qual irá se valer o julgador por ocasião da condução do processo sem que haja demora processual injustificada, sem prejuízo, evidentemente, da observância das disposições legais e constitucionais.

3.3 *Limites normativos e discricionariedade (criatividade) judicial: uma coexistência necessária*

Conforme visto no item anterior, em face da indeterminação do conceito de "duração razoável do processo", a discricionariedade judicial não pode ser afastada por completo, porquanto a razoabilidade do tempo de tramitação dos processos é relativa às particularidades do caso concreto.

Porém, não é admissível que esse direito fundamental do processado fique sujeito apenas à atuação jurisdicional, sem qualquer limite normativo, de maneira que a definição do que seja "prazo razoável" dependa tão-somente da discricionariedade do julgador, em especial no âmbito do processo penal, que é orientado pelo princípio da legalidade.

O mesmo ocorre em relação à ausência de prazo da prisão cautelar, cujas conseqüências ao processado são ainda mais graves, e, por isso,

76. Idem, p. 45.

77. PRADO. Op. cit., p. 3. Para o aprofundamento da questão, a autora faz um exame minucioso da importância dos atributos do psiquismo do juiz no ato de julgar.

também não pode ser deixado "ao critério exclusivo dos tribunais a verificação se os órgãos da persecução penal estão agindo de forma diligente ou não, utilizando-se de uma série de critérios subjetivos (...)". [78]

A EC 45/2004, ao introduzir de maneira expressa o direito à razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII), não fixou prazos limites para a sua tramitação. Da mesma forma, tampouco o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceram qualquer limite temporal.

Os critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são parâmetros orientadores para o direito nacional, que podem inclusive serem detalhados e aperfeiçoados. Mas, além disso, e embora o referido direito fundamental seja auto-aplicável, isto é, prescinda de regulamentação legislativa para que seja exigida a sua observância, o ordenamento jurídico brasileiro deve fixar limites normativos de duração do processo, o que requer uma atitude positiva do poder público, de atos tendentes à concretização desse direito individual.

O inc. LXXVIII do art. 5.º da CF também determina que sejam assegurados os meios que garantam a celeridade processual, tarefa esta dirigida principalmente ao legislador, pois deve implantar instrumentos legais que permitam o verdadeiro acesso à justiça, com definição das causas em tempo razoável, sem violação de garantias fundamentais.

A simples existência de critérios não garante a efetiva observância do direito ao julgamento em prazo razoável, porquanto puramente discricionários. Em face dessa indeterminação conceitual e da ausência de preceitos normativos que estabeleçam prazos para a tramitação dos processos, restou consolidada a denominada doutrina do "não-prazo".[79] Portanto, a fixação de limites temporais, isto é, de prazos máximos para a tramitação dos processos, é medida essencial para que seja possível a efetivação do direito fundamental em análise.

Cumpre frisar que a existência de prazos para cada ato processual, para as etapas do processo, não suprem a necessidade de fixação de limites temporais para o término do processo, pois, como já anterior-

78. Cruz e Tucci. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 85.

79. Lopes Jr.; Badaró. Op. cit., p. 41.

mente analisado, são os "tempos mortos" (procrastinações, demora das diligências, aguardo de informações, enfim, paralisações em virtude de inatividade) que dão causa à dilação.

Como ressaltado por Lopes Jr. e Badaró, o ideal seria o abandono da visão de tempo absoluto e que fosse adotada a concepção de tempo subjetivo, de cada indivíduo, a ser averiguada pelos tribunais. Mas, ainda destacam os autores, se por um lado, a fixação rígida e universal de limites temporais de tramitação dos processos não seria adequado cientificamente, por outro, também é temerário que a questão fique inteiramente nas mãos de juízes e tribunais, "pois a experiência com a (ampla) discricionariedade judicial contida na doutrina do não-prazo, não se mostrou positiva".[80]

Portanto, o melhor seria a (co)existência de limites normativos e da análise casuística do processo, cujas particularidades podem influenciar o tempo de tramitação, tais como a complexidade, a conduta das partes e do órgão jurisdicional, bem como as conseqüências da demora ao processado.

Sem a existência de limites legais, nem mesmo o princípio da proporcionalidade (razoabilidade) e a fixação de critérios serão capazes de resolver o problema da demora judicial, pois a definição do prazo razoável do processo não pode ficar adstrita à discricionariedade judicial. Embora em todo ato de interpretação judicial haja certo grau de criatividade, essa discricionariedade não pode ser confundida com a total liberdade do juiz. Portanto, todo sistema jurídico deve "estabelecer e aplicar certos limites à *liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*."[81] Caso contrário, se cada juiz conduzisse o processo "de acordo com a sua vontade, isto significaria ter-se posto em perigo a paridade de tratamento e a igualdade jurídica, garantidas pelo direito material. Então, o papel do juiz realmente precisa de nítidos contornos legislativos."[82]

A total discricionariedade judicial quanto à duração dos processos é temerária, até mesmo por se tratar de cláusula genérica, ampla, e que pode ser utilizada por qualquer juiz ou tribunal, como fundamento para quaisquer questões e circunstâncias, e, por vezes, pode resultar

80. Idem, p. 85.

81. CAPPELLETTI. Op. cit., p. 24.

82. BAUER, Fritz. O papel ativo do juiz. *RePro* 27/191. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1982.

em verdadeira decisão arbitrária. Por isso, os limites e a legitimidade da discricionariedade impõem que o julgador apóie sua argumentação nas leis e princípios, e não "(apenas) na 'equidade' ou em análogos e vagos critérios de valoração".[83]

Outrossim, não bastará a fixação de prazos máximos de tramitação dos processos sem que estes sejam respeitados, aliás, como reiteradamente ocorre no direito processual penal. Portanto, mais importante que fixá-los é fazer com que sejam cumpridos, pois as medidas legislativas para acelerar os processos serão inúteis se não houver juízes prontos a realizá-las.

Assim, uma vez ultrapassados os limites normativos para a duração do processo e constatada a dilação processual não justificada, devem ser adotadas soluções e faz-se necessária a aplicação de sanções tais como compensações civis ou penais ao processado, sanções aos responsáveis pelo retardo do processo, bem como soluções processuais, como a declaração de nulidade, suspensão de execução, entre outras.

A propósito, os sistemas do Paraguai, da Itália, de Portugal e da Argentina são exemplos da adoção de limite normativo à duração do processo e da prisão preventiva, conforme anteriormente destacado.

Por todo o exposto, não há dúvidas que, até mesmo em face do princípio da legalidade que orienta o direito penal, é preciso que sejam fixados prazos limites para a tramitação dos processos, a fim de efetivar o direito fundamental agora expressamente previsto na Constituição Federal, cuja interpretação e aplicação devem ser dadas pelo julgador, numa perfeita sincronia entre a regulamentação normativa e a discricionariedade judicial. Isso pois, o juiz, ao aplicar a lei, deve respeitar a norma universal, mas também a singularidade dos casos concretos. Deve transformar a razoabilidade abstrata da norma na razoabilidade concreta da decisão, procedendo de forma razoável, sem a simples aplicação dogmática.[84]

Isso significa que, embora venham a existir parâmetros legais para a duração dos processos, estes não devem ser totalmente fechados, pois

83. CAPPELLETTI. Op. cit., p. 25.

84. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 107.

a interpretação não pode ser petrificada mediante o simples emprego de conceitos universalizantes.[85]

Conforme preconiza Gadamer, a interpretação deve concretizar a lei em sua validez jurídica, pois se quisermos compreender o texto de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, "devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar".[86]

Portanto, parece plausível que, em virtude das peculiaridades do caso concreto (tal como a complexidade) e com base em parâmetros legais pré-fixados para duração máxima do processo, seja ponderada a possibilidade de flexibilização dos limites temporais. Deste modo, alguns processos poderão, eventualmente, até mesmo extrapolar, moderadamente, o prazo fixado para o seu término, ou ainda, ser determinado que o tempo já transcorrido, embora inferior ao limite legal, já ultrapassa a razoabilidade, em face das particularidades do processo e dos efeitos advindos ao processado.[87]

Assim, com base em disposições legais que estabeleçam prazos máximos de duração dos processos e atento às peculiaridades dos casos concretos, o órgão jurisdicional, sem qualquer violação de princípios éticos e jurídicos, poderá conduzir os feitos sem dilações indevidas, e sem que para isso substitua-se ao legislador.[88] Caso, ainda assim, ocorram dilações processuais não justificadas, devem ser adotadas soluções compensatórias, sancionatórias e processuais, conforme anteriormente esboçado, para que de fato seja efetivado esse direito fundamental do processado.

85. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112.

86. GADAMER. Op. cit., p. 408.

87. Sobre a questão, Lopes Jr. e Badaró destacam: "Não somos adeptos da completude lógica e, ainda que a lei defina limites, atendendo a certos critérios, é elementar que o *reconduzir o tempo ao sujeito* exige uma significativa carga de *sentire* por parte do julgador. (...)" LOPES JR.; BADARÓ. Op. cit., p. 87.

88. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

Por fim, em análise da influência do sentimento e do psiquismo do julgador, Lídia Prado aborda o "arquétipo da Justiça", com resgate da idéia de justiça na mitologia, e destaca que o modo como os juízes exercem sua função, embora os avanços com relação à sensibilidade e criatividade judicial, tem como predomínio as características da deusa *Atená*, ligada à "justiça preocupada com a exatidão apolínea e a razão, privilegiando o pensamento e os princípios gerais, em detrimento do sentimento, chamada função valorativa e do caso particular". Porém, melhor seria se a atuação jurisdicional tivesse como sustentáculo o arquétipo da deusa *Diké*, filha de *Têmis* e *Zeus*, conhecida como a justiça do caso concreto.[89]

Em face do objetivo deste estudo de ressaltar a necessidade de efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, resta confiar que sejam adotadas medidas de concretização desse direito, com especial atenção à irreversibilidade e relatividade do tempo, e à finitude do homem.

4. Conclusões

Por todo o exposto, pôde-se observar que a atual sociedade globalizada tem como características a aceleração, o imediatismo e a efemeridade, em que o tempo e a velocidade passam a constituir elementos de grande relevância, e a definição de tempo social está cada vez mais ligada ao poder aquisitivo e à rapidez com que gira a economia. Em conseqüência, embora o direito possua seu tempo próprio, diverso do tempo social, dele também se espera uma solução rápida e efetiva.

Em face dessa globalização e da crescente ausência de atenção aos direitos humanos, destacou-se a importância da efetividade do direito constitucional de acesso à justiça, porquanto não basta a simples previsão de recurso à autoridade jurisdicional (acesso formal), mas, sim, a realização de um processo ao mesmo tempo expedito e eficiente, com respeito aos direitos do acusado.

Restaram analisadas algumas causas da morosidade processual, sendo que os denominados "tempos mortos" são os que, em regra, provocam a dilação indevida dos processos. Neste tocante, concluiu-se que também a panpenalização é responsável pelo aumento de ações penais instauradas e sobrecarga do Judiciário, com o conseqüente

89. Prado. Op. cit., p. 128-131.

agravamento do problema das dilações processuais. Ainda, verificou-se que as particularidades dos casos definirão o tempo de tramitação dos processos, mas que a burocratização dos procedimentos, a ausência de meios modernos de comunicação, bem como a inexistência de prazos limites para a duração dos processos, são causadores das dilações indevidas. Na seqüência, foram apontadas soluções compensatórias, processuais e sancionatórias, a serem aplicadas cumulativamente, como meio de debelar a morosidade processual.

Também buscou-se a definição do conceito jurídico indeterminado "duração razoável", bem como a análise dos critérios para a sua delimitação. A partir disso, foi destacada a importância do papel do julgador e a existência de discricionariedade judicial na condução dos processos, cuja atuação deve estar orientada pela busca da efetividade do direito ao julgamento em prazo razoável. Salientou-se que a criatividade judicial, quando na medida certa, não pode ser considerada arbitrária, pois já não é mais aceita a idéia do juiz como mero aplicador da lei, num processo de simples dedução ou subsunção. Assim, frente a conceitos jurídicos indeterminados, sempre haverá certa margem de discricionariedade judicial, sem que haja sobreposição à norma.

Por fim, concluiu-se que a definição da duração razoável do processo não poder ficar adstrita à discricionariedade judicial, pois se caracterizaria em mero subjetivismo do julgador, de maneira que é imprescindível a fixação de parâmetros legais que definam os prazos máximos de tramitação dos processos, limites estes ainda não previstos na legislação brasileira, em evidente adoção da denominada doutrina do "não-prazo". Outrossim, verificou-se a necessidade de coexistência dessa criatividade judicial com limites normativos, porquanto é preciso que, para a aferição do tempo razoável de tramitação do processo, existam prazos legais pré-estabelecidos, mas que também sejam valoradas as particularidades de cada caso concreto.

Há de se observar, por derradeiro, que a expressa previsão constitucional do direito à duração razoável do processo, agora com *status* de direito fundamental, representa perspectiva positiva, que, no entanto, não pode se restringir à mera previsão formal, mas, sim, na efetiva mudança do atual quadro de morosidade processual do sistema judicial brasileiro.

Bibliografia

Arruda Alvim Netto, José Manoel de. *Argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

_____. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa et al (orgs.). *A reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre e EC 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

Arruda, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

Bauman, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Bauer, Fritz. O papel ativo do juiz. *RePro* 27/186-199. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1982.

Barbosa Moreira, José Carlos. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1980.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998.

_____; Giddens, Anthony e Lash, Scott. *Modernização reflexiva – política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1995.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

Cardozo, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Carnelutti, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

_____. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: Rubio, David Sánchez, Flores, Joaquín Herrera e Carvalho, Salo de (orgs.). *Anuário ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

_____; Tucci, Rogério Lauria. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Ed. RT, 1993.

Dallari, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *Derechos y garantias – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer, com nova revisão da trad. Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 6. reimp. 1991, São Paulo: Unesp.

GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Ed. Coimbra. Tribunais em Sociedade – 1. Ministério da Justiça – Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, maio 2003.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. *RT* 756/11-36. São Paulo: Ed. RT, out. 1998.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal – uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. RT, 2003.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção – aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

THUMS, Gilberto sistemas processuais penais – tempo-tecnologia-dromologia-garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

4
Violencia familiar y exclusión del hogar del agresor

MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN

Doutor em Direito. Pós-Graduado na Universidade de Harvard. Professor adjunto de Direito Processual Penal na Universidade Nacional de Córdoba.

MARÍA DE LOS MILAGROS GORGAS

Prosecretaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Adscripta en la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba. Abogada especialista en derecho penal.

ÁREA DO DIREITO: penal-Processo Penal

RESUMEN: Este artículo pretende en primer lugar presentar un cuadro referente a la manera de enfrentar la violencia familiar, en diferentes países, desde el punto de vista de las medidas legales y protectoras en un ámbito represivo. El mismo discute inclusive medidas como la exclusión del hogar y restricción de los derechos del agresor; reaviva la discusión sobre los derechos constitucionales de la víctima en un proceso penal, y las hipótesis bajo las cuales esas medidas deben ser adoptadas para la protección de la víctima y su grupo familiar, sobreponiéndose al derecho a la libertad de circulación y residencia del marginalizado. Finalmente, discute a la luz del proceso penal argentino las modalidades de las medidas cautelares, las instancias de su aplicación, los órganos competentes y los procedimientos adoptados en materia de violencia familiar.

ABSTRACT: This article aims to present an overview of how family violence is dealt with in different countries, from a legal and protective measure point of view within a repressive environment. It also discusses measures, such as the offender's home exclusion and rights restriction; in addition to rekindling the discussion about the victims' constitutional rights in a criminal proceeding, and the hypotheses under which those measures must be undertaken to protect the victims and their families, overriding the mobility and residence rights of the outcast. Finally, it discusses in light of Argentina's criminal proceeding, the modalities of cautionary measures and degree of application, competent agencies, and procedures adopted in dealing with family violence.

Palabras-clave: Violencia familiar – Víctima – Violencia doméstica – Exclusión del hogar – Medidas cautelares.

Keywords: Family violence – Victim – Domestic violence – Home exclusion – Cautionary measures.

Sumario: Introducción – 1. La respuesta al problema en la Comunidad Europea y Brasil: 1.1 Europa; 1.2 Brasil – 2. La exclusión del hogar en el proceso de familia en Argentina – 3. La exclusión o alejamiento del hogar del imputado en el proceso penal: 3.1 Aseguramiento de los fines del proceso; 3.2 Los derechos constitucionales de la víctima; 3.3 El cese de los efectos del delito; 3.4 Requisitos; 3.5 Modalidad; 3.6 Incumplimiento; 3.7 Órgano de disposición e impugnación; 3.8 Cese – Bibliografía.

Introducción[1]

Una antigua costumbre malaya autorizaba al marido a comerse viva a su mujer culpable de adulterio. En el siglo XIX el filósofo y economista británico John Stuart Mill observaba que "la ley del servilismo en el matrimonio, aparte de la esclavitud de los negros, es el único ejemplo en el que se ve a un individuo totalmente a merced del otro". Hasta después de la independencia norteamericana, los jueces consideraban legítimo que los maridos golpearan a sus cónyuges para "controlar un mal temperamento y hacer que una esposa se comporte". Actualmente algunas sociedades africanas permiten los castigos corporales "correctivos" de los maridos a sus mujeres e hijos, prevén la ejecución de la esposa infiel o, al igual que en muchos lugares de Asia, mutilaciones dirigidas a evitar el goce sexual o la atracción física femenina.

Como puede observarse, la violencia doméstica[2] o familiar[3] es un fenómeno concebido, tolerado o tratado según pautas muy diversas

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 14.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.
2. En sentido estricto, se ha dicho que la denominación "violencia doméstica" sólo se refiere a la que ocurre puertas adentro del hogar; en cambio "violencia familiar" comprende toda situación de esta especie, independientemente de donde ocurra (De Urbano Castrillo. El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar, *La Ley España*, 5.248, 15.02.2001). Sin embargo, en el presente trabajo los términos están utilizados indistintamente, principalmente por una cuestión de estilo, para evitar repetición de palabras.
3. La ley provincial 9.283 de Córdoba, Argentina, define a la violencia familiar como "toda acción, omisión o abuso dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la

correspondientes a diferentes épocas y culturas. Sin embargo, actualmente en Occidente existe consenso en que el fenómeno es mundial y que debe ser combatido. Ello sin perjuicio de formas más larvadas o sutiles de violencia familiar, y por ende más difíciles de detectarlas o tomar conciencia de éstas, como pueden ser algunos tipos de manipulación o la internación abusiva de ancianos.[4]

libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque esa actitud no configure delito" (art. 3). Comprende "todas aquellas personas que sufriesen lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de algunos de los integrantes del grupo familiar, entendiéndose por tal, el surgido del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o haya cesado el vínculo, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales" (art. 4). Considera afectada a toda persona que sufra alguno de los siguientes tipos de violencia: a) *Física*, que incluye el encierro o la limitación de movimientos; b) *Psicológica o emocional* patrón de conducta activo u omisivo, de carácter repetitivo, consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono, capaces de provocar, en quien las recibe, deterioro o disminución de la autoestima y una afectación a su estructura de personalidad; c) *Sexual*, que puede incluir la burla y humillación; d) *Económica*, acciones u omisiones *cuya* manifiesta ilegitimidad implique daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, ocultamiento o retención de bienes, instrumentos de trabajo, documentos o recursos económicos, por las cuales las víctimas no logran cubrir sus necesidades básicas, con el propósito de coaccionar la autodeterminación de otra persona.

4. Por eso un interesante fallo de los tribunales de familia, resolvió al respecto: "Un modo especial de violencia contra el anciano son las internaciones geriátricas cuando éstas pueden llegar a constituir un medio de violación de los derechos humanos. La doctrina muestra que '(...) diversas pueden ser las formas de manifestarse la violencia sobre el anciano: física, psíquica, económica, tanto por actos positivos como por la negligencia, el abandono, la falta de preocupación por sus necesidades, no tener en cuenta sus inquietudes, sus opiniones, en especial sobre quién lo va a cuidar – cuando está en condiciones mentales de decidirlo–, o presionarlo para que cambie de casa (...)'. La vejez posee su propia funcionalidad y los instrumentos necesarios para vivir una vida adecuada a su cronología en el plano físico, psíquico y social. Al ser despojados de su propio hábitat, coartando su libertad de decisión cuando son capaces de decidir, se transforman en víctimas de violencia que sufren las barreras impuestas a la aludida funcionalidad, que muchas veces no es reflejo de deficiencias reales."
Resulta violatorio de los derechos inherentes a la persona humana el hecho de permanecer internado contra su propia voluntad cuando no surge

elemento alguno que haga presumir su falta de capacidad para decidir en tal sentido, pues la circunstancia de encontrarse limitadas sus facultades físicas o intelectuales no es sino signo propio de los achaques de la edad que en modo alguno justifican el encierro, viviendo despojado de su entorno natural, de su contexto cotidiano y en este caso de su familia más próxima que es su esposa, limitándosele el derecho a la felicidad de compartir los años que le restan en su compañía. Uno de los escenarios donde más se vulneran los derechos es la institucionalización, que aunque se trata de una problemática que afecta a todos los seres humanos sin distinción de edades, en la etapa de la ancianidad adquiere particular importancia debido a que la persona de edad avanzada tiene derecho a una *protección especial durante su ancianidad* como lo declara el Protocolo de San Salvador que es el Protocolo Adicional del Pacto de San José de Costa Rica (art. 17), con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. No se puede desconocer el derecho al domicilio. El canon constitucional del libre tránsito (art. 14 bis, CN) avala la pauta de que siendo el domicilio uno de los atributos de la persona, toda variación de aquél debe ser, en principio, voluntaria. En el caso de los ancianos, la cronología no establece que carezcan del domicilio como derecho y del cambio de residencia como elección. "(...) Las residencias geriátricas son lo que su nombre indica, una residencia, y por lo tanto son los mismos ancianos quienes luego de evaluar la conveniencia de mudar temporal o definitivamente de residencia, pueden (...) elegir vivir en sus instalaciones, contratando directamente con el prestador. Esta mudanza no puede transformarse en una internación o un castigo que esgrimen parientes abusadores en sus amenazas contra los mayores. Las internaciones están limitadas a los enfermos físicos o psíquicos. En caso de duda sobre la capacidad de elección, la Justicia debe intervenir para evitar la trasgresión de los derechos humanos de los ancianos. El hombre de edad es un sujeto de derecho, razón por la cual rige sobre él una presunción jurídica básica: la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y –como toda persona, a partir de los 21 años– de gozar de la facultad de ejercerlos plenamente. La excepción estaría dada cuando la persona mayor padezca alguna patología que impida o merme su juicio. En este caso, cualquier limitación sólo podrá ser admitida si es sometida a un delicado estudio médico, psicológico y jurídico que dé lugar a lo que en derecho se denomina juicio de insania. Los internados en residencias geriátricas, pese a tratarse de personas ancianas, no sufren por ello reducción en sus derechos individuales, por lo que no es justo que experimenten restricción de ningún tipo pues no existen incapacidades dispuestas por médicos ni por familiares, y si lo pretendieren, su actitud es contraria a la norma del art. 140, CC, pudiendo asimismo hasta llegar a constituir el supuesto de privación ilegítima de la libertad. El Código Civil prevé la internación de los dementes o de quienes presenten alteraciones mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, sólo en los casos en que sea de temer que, usando de su libertad personal,

Las causas de este problema son de distinta índole, pero está demostrado que la historia familiar del individuo violento es un factor relevante,[5] como también lo es la adicción al alcohol y drogas;[6] que la crisis económica juega un papel importante en su aumento, por el deterioro de las condiciones de vida[7] en el que influyen el desempleo, la inestabilidad y precarización laboral y vivienda inadecuada;[8] como así también factores culturales[9] que otorgan poder al hombre sobre la mujer y contienen la creencia de que los hijos son propiedad privada de los padres.[10]

La violencia familiar centra la atención del derecho penal cuando un miembro del grupo familiar ejerce contra otro, por acción u omisión,[11]

se dañen a sí mismos o dañen a otros, precisando además en el art. 482 que la internación no podrá durar más del tiempo necesario y que si se puede evitar no debe ordenarse" (Juzgado de Familia Córdoba, 2.ª Nom., 27.12.2006. Auto 1.127. *B.E.O. Ley Violencia Familiar* 9.283).

5. Aunque la experiencia familiar los marca y es común aseverar que los hijos de maltratadores repetirán el modelo, no se trata de una cuestión lineal ni de un determinismo inexorable, ya que "hay hijos que lo repiten y otros que lo critican e intentan otro modo de relación", explica el psicólogo y docente universitario Enrique Virdó (*La Voz del Interior*, 03.01.2004).
6. A tal punto que María Isabel da Silva, Presidente de la Asociación de Magistrados del Distrito Federal de Brasil, ha manifestó que "En el 99% de los casos las mujeres (maltratadas) dicen que, sin droga o alcohol, el compañero es maravilloso".
7. Ver *La Voz del Interior*, Córdoba, Argentina, 22 y 23.12.2003.
8. Ver Cesano, José Daniel y Vaccarisi, María Elizabeth, Los programas de asistencia a la víctima en el Estado neuquino. *Ley, Razón y Justicia* 6/266, Neuquén: Alveroni, 2002.
9. Una fuerte polémica al respecto se dio recientemente en Francia, cuando el 27.06.2008, un tribunal negó la ciudadanía a una mujer marroquí casada con un francés y madre de 3 hijos junto a éste, en razón de que profesaba una religión que la sujeta a la voluntad de los hombres del hogar, lo cual para el tribunal comportamiento social incompatible con los valores esenciales de la comunidad francesa y sobre todo con el principio de igualdad de sexos" (*Europa Press*, 11.07.2008).
10. P. de Torres – F. Espada, *Violencia en casa*. Serie Psicología y Bienestar, España: Aguilar, 1996 menc. por Cesano y Vaccarisi, op. y p. cit.
11. P. ej., el padre que no alimenta a su hijo.

agresiones físicas o morales que encuadran en alguna figura delictiva.[12] Cuando estas conductas configuran ilícitos de acción pública y llegan a conocimiento de la policía o el Ministerio Público[13] se ponen en marcha los mecanismos tendientes a su investigación y eventual juzgamiento y castigo. Para asegurar el normal desenvolvimiento de estas actividades estatales, los órganos de la persecución penal cuentan con una serie de facultades coercitivas, tendientes a tutelar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal.[14]

En la mayor parte de los delitos, las medidas de coerción tradicionales alcanzan para asegurar los fines del proceso, pero en ciertas tipologías específicas se ha observado la necesidad de aplicar medidas dirigidas, no sólo a proteger el proceso, sino también a la víctima.[15] Pero

12. Así, no toda conducta de violencia familiar es penalmente relevante, porque en el ordenamiento argentino lo serán sólo aquellas que encuadren en tipos tuteladores de bienes jurídicos más generales (v. gr. las lesiones, amenazas, etc.). Por ejemplo, el cónyuge que sistemáticamente ignora o desprecia al otro, el que le esconde sus objetos, está incurriendo en una forma de agresión psíquica, pero ajena a la órbita del derecho represivo. Otras legislaciones, como la española, contemplan específicamente figuras penales de violencia doméstica. Entre nosotros la antigua Ley 10.903 en su art. 10 tipificaba los "malos tratos" y "negligencias" que podían cometer padres, tutores y guardadores respecto a los menores a su cargo y "que no importen delito del derecho penal" (sobre el particular puede verse Romero, José Alberto, *Delitos contra la familia*. Córdoba: Mediterránea, 2001, p. 109 y ss.).

13. La cifra negra es muy alta, ya que la mayoría no se denuncian (Cesano y Vaccarisi – op. y p. cit.– señalan que los casos detectados pueden representar el 10%). Y cuando se anotician la obtención de prueba no es fácil, por la vulnerabilidad de la víctima, porque suceden en ámbitos privados, porque se "tapan", los testigos suelen tener vínculos con el sindicado, pueden darse situaciones de dependencia y los terceros prefieren "no meterse", a veces hay retractaciones, etc.

14. Que puede darse mediante la imposición de pena al delincuente o la aplicación de algún instituto legal que reconozca la solución del conflicto que dio lugar a la intervención estatal (p. ej. suspensión del juicio a prueba o avenimiento).

15. Asimismo, serios estudios indican que la falta de herramientas para atender adecuadamente a las víctimas que reclaman por situaciones violentas puede afectar la salud mental de los operadores judiciales que las atienden, principalmente en personalidades "que se autoexigen en busca de excelencia" o con un gran sentido de la responsabilidad funcional, pudiendo generar distintas afecciones, como estrés, "*overcoming compassion fatigue*" o "*burnout*"

toda medida que coarte, restrinja o limite un derecho debe tener formulación legal, y ha de ser interpretada restrictivamente, estando prohibida la analogía (CPPN., 2; CPPC., 3).

En la investigación de los delitos relacionados a la problemática de la violencia doméstica es frecuente que surja la necesidad de separar al agresor del núcleo familiar, ya sea en protección del proceso, de los miembros vulnerables o para que aquél se someta a algún tratamiento. Ello es lógico si se tienen en cuenta los estudios que indican que el alcoholismo está fuertemente vinculado a la temática y que la duración de estas situaciones puede durar entre 5 a 10 años, aunque frecuentemente se manifiestan en el primer año de convivencia.[16] Además, a veces otras alternativas no dan buenos resultados, como sucede con la imposición de obligaciones procesales tradicionales al imputado (p. ej. abstenerse de tomar bebidas alcohólicas o concurrir a determinados lugares), o con las residencias temporarias que el Estado o instituciones no gubernamentales facilitan para el alejamiento de la víctima, ya que la prolongación de esta situación coadyuva a la "victimización secundaria", "al arrancar a las víctimas de los malos tratos de su hogar, e incluso de su entorno social y laboral, mientras que el presunto agresor podrá seguir con su vida normal, incluso en su propia casa".[17]

("agotamiento mental, emocional y físico ocasionado por involucrarse permanentemente en situaciones emocionalmente exigentes"), "*trauma vicario*" ("tensión permanente padecida por quienes están expuestos de manera crónica y aguda al trauma, a la congoja y a otras reacciones que son comunes en las víctimas"). Así, se ha determinado que "una de las fuentes de tensión es la falta de normas claras para operar en el campo" cuando no se conoce bien la forma de "proveer asistencia a estas víctimas" (mayor detalles ver Giberti, Eva, "Alerta y cuidado de salud de los operadores ante los efectos traumáticos de atención a las víctimas. *Pensamiento Penal y Criminológico* 3/101 y ss., Mediterránea, Córdoba, 2001).

16. Hairabedián, Maximiliano. *Respuestas a la violencia familiar*. Comercio y Justicia, 03.11.2003; Planet I Robes, Silvia – Pérez I Bravo, Francesca, La violencia doméstica y el hombre maltratador: estrategias de actuación en Europa y en Cataluña. *Revista Catalana de Seguretat Pública* 9/189 y ss, Barcelona, 2001.

17. De Hoyos Sancho, Montserrat, La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal, *Revista de Actualidad Penal* 32, Madrid: La Ley España, sept. 2002. No obstante se destaca que el rol de este tipo de instituciones es importante, sobre todo como solución de emergencia en los primeros momentos del episodio conflictivo.

Como hay leyes procesales que regulan expresamente la exclusión preventiva del hogar (código nacional) y otras que no lo hacen (como ocurría antes de la Ley 9.283 en Córdoba), la cuestión radica en determinar tanto si es constitucionalmente posible que los códigos prevean la medida o que, a falta de previsión legal, la impongan los órganos oficiales.

1. La Respuesta al problema en la Comunidad Europea y Brasil

1.1 Europa

En los últimos tiempos el problema de la violencia doméstica ha ocupado una particular atención, tanto en la órbita del sistema penal, como también de otras áreas. En un congreso sobre la cuestión realizado en Utrecht, cuyo principal objetivo era la exposición de las acciones contra el fenómeno, se hizo un intercambio de ideas sobre los métodos de actuación, con el fin de enriquecer las tácticas a partir de las experiencias de distintos países. Resulta interesante un apretado repaso de las medidas adoptadas que se expusieron en dicho evento multidisciplinario.[18] En Holanda cuando la policía recibe una denuncia de esta clase da intervención a un asistente social que entrevista al agresor, oportunidad en la que se le explican las consecuencias legales que puede tener su accionar y se lo invita a someterse a tratamiento. Si el denunciado se niega la acción penal sigue su curso. Similar tratamiento se prevé en Suecia a cargo del Centro Terapéutico de Crisis de Estocolmo, que actúa a pedido del violento. En Inglaterra, someterse a la asistencia profesional a veces es requisito para que el sindicado obtenga la libertad. En Eslovenia la atención se centra en la víctima, a través del Servicio de Asesoramiento para Mujeres, que aconseja, informa, apoya psicológicamente, protege y patrocina en los trámites que daban realizar. En Austria rige desde 1997 la ley de Protección contra la Violencia en el Hogar, que faculta a la policía, en casos urgentes y preventivamente, a expulsar al agresor del domicilio conyugal, pudiendo impedirse el acercamiento al domicilio, lo que constituye causal de detención en caso de desobediencia. Esta legislación recibió elogiosos comentarios en el congreso europeo. En Cataluña trabaja el Grupo de Violencia Doméstica de Gerona, de similares funciones que su par esloveno, pero que canaliza recursos para que los damnificados puedan ser derivados a un centro de acogida en caso

18. Ver Respuestas a la violencia familiar, *Comercio y Justicia*, 03.11.2003.

de emergencia. Por eso cada comarca dispone de hospedajes para alojar temporalmente al grupo o persona en riesgo.

1.2 Brasil

Brasil no ha escapado al fenómeno de la violencia doméstica. Según datos de la Fundación Perseu Abramo, cada 15 segundos una mujer es maltratada.

Este país está vinculado a distintos instrumentos legales sobre la materia que lo obligan a la protección de este aspecto, como la Convención contra todo forma de discriminación contra la mujer (1984); la Constitución Federal de 1988 que reconoce la igualdad plena entre hombre y mujer aun en el matrimonio; la Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem, 1994); el Protocolo facultativo de la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, que posibilita denuncias individuales ante los órganos de la OEA.

Desde el 22.11.2006 rige la denominada ley "Maria da Penha" (11.340/2006). Fue bautizada bajo este nombre, en homenaje a Maria da Penha Maia Fernandes, una biofarmaceútica víctima de la violencia conyugal, que intentó ser asesinada en dos oportunidades por su marido, un profesor universitario que primero le disparó con un arma de fuego mientras dormía, dejándola parapléjica y posteriormente la quiso electrocutar mientras se bañaba. Su lucha durante 20 años por la justicia llegó hasta la OEA.

Dicha ley, más que de violencia familiar, es de violencia de género, ya que atiende a la desprotección de la mujer por su condición de tal y por eso la engloba dentro del resguardo de los derechos humanos. Dice que configura violencia doméstica y familiar contra la mujer cualquier acción u omisión basada en género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial. Los principales cambios que introdujo fueron el aumento de penas, la eliminación de penas alternativas (p. ej., multas); la creación de un fuero específico con competencia penal, civil y de familia, asistido por equipos multidisciplinarios; la limitación a la posibilidad de desistir la denuncia (ahora sólo mediante audiencia ante el juez); la posibilidad de dictar la prisión preventiva en protección de la víctima cuando haya riesgo físico o psicológico para ésta; la obligación de notificarle las excarcelaciones del imputado; la posibilidad de medidas hacia el agresor, que pueden ir desde

la educativas (realización de cursos); curativas (tratamientos médicos o psicológicos); preventivas (privación de armas) o la expulsión del hogar. Se complementa con un valioso recurso práctico: La Central de Atención a la Mujer es un servicio del Gobierno federal que auxilia y orienta a las mujeres víctimas de violencia a través del número de utilidad pública 180. Las llamadas se pueden hacer gratuitamente de cualquier parte del territorio nacional. El servicio fue creado por la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres en 2005 y cuenta con 80 empleadas las 24 horas, inclusive en los feriados y finales de semana – ocasiones en que el número de ocurrencias de violencia contra la mujer aumenta.

Especialistas han recibido con optimismo a esta ley, como un valioso instrumento para luchar contra la problemática. Según Luiza Nagib Eluf, Procuradora de Justicia de San Pablo, las mujeres, se sentirán más protegidas.

Sin embargo, como dice el refrán "no todos son rosas". Su implementación práctica ha tenido sus inconvenientes: pocos Estados instalaron los juzgados especializados, y en el orden federal, en el mes de marzo del 2008, apenas 17 unidades contaban con el servicio previsto en la ley.[19] En algunos Estados el problema alegado ha sido la falta de recursos, en otros, como Bahía, era preciso el aval de la Asamblea Legislativa.

2. La exclusión del hogar en el proceso de familia en Argentina

Antes de ingresar al análisis de la cuestión procesal penal planteada anteriormente, es útil exponer sintéticamente el funcionamiento del mecanismo de exclusión del hogar en el fuero de familia. A nivel nacional la Ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, autoriza al magistrado competente a: a) Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar; b) Prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio; c) Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor. Dicha normativa supedita la duración de estas medidas a las necesidades del caso, cuya evaluación pone a cargo del juez interviniente. A las 48 hs. debe convocar a las partes a una audiencia de conciliación, tratando de que se sometan a programas específicos para la solución del conflicto. En

19. El distrito federal de Brasilia se destaca por su adelantado funcionamiento del sistema.

la Provincia de Córdoba, con anterioridad a la ley específica de violencia familiar 9.283, existía la Ley 7.676[20] al fijar la competencia material del juez de familia lo faculta a disponer esta medida, que "tiende a preservar la tranquilidad de los cónyuges en el desenvolvimiento de sus actuaciones cotidianas".[21] Posteriormente la Ley 8.400 introdujo un agregado ampliando las posibilidades del juez al disponer que "podrán ordenarse medidas de protección temporales, cuando la urgencia y circunstancias del caso las justifique procurando dar solución inmediata al conflicto", que pueden consistir en el "desalojo temporario del agresor o el alejamiento de la víctima de la residencia común". Además faculta al magistrado a delegar en la Policía Judicial la ejecución de lo dispuesto. Si bien no estaba establecido un procedimiento autónomo de dictado y ejecución de las medidas, por remisión se le aplica el estipulado para las medidas previas (ibidem, art. 131, 2.° párrafo), utilizándose la posibilidad de audiencia previa a la contraria (es decir, al que va a ser objeto de la medida). Pero ocurría que en la práctica, cuando se solicitaba la exclusión del hogar en el fuero de familia, la disposición y ejecución de la medida no es inmediata, ya que puede tardar varios días o semanas. Por eso, aunque ya hubiese sido solicitada en los tribunales de familia, muchas veces igualmente se observaba en el proceso penal la necesidad de su rápido dictado, cuando la situación sea incompatible con la demora.[22]

La ley provincial de violencia familiar 9.283 vino a cambiar ese panorama, porque se ha convertido en un instrumento específico sobre la cuestión, tanto para el fuero de familia como para el penal.

Habilita la actuación judicial en pro de la expulsión del agresor, mediante denuncia realizada en un especial formulario estandarizado, la cual por "razones de seguridad, los organismos que las recepten y los

20. No obstante la importancia del mecanismo, en el proceso legislativo de esta normativa inicialmente la Cámara de Diputados no lo había previsto, por lo cual tuvo que introducirlo la Cámara de Senadores por sugerencia de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, según informaba en la sesión el legislador Ortiz Pellegrini.

21. Cfr. CAFFERATA, José I; FERRER MARTÍNEZ, Rogelio; FEIT, Pedro León; ZINNY, Jorge H. *Tribunales de familia de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Alveroni, 1993, p. 124.

22. La relación de necesidad entre ambos fueros es tal, que la ley nacional de violencia familiar citada es la misma que incorporó al CPPN el art. 310 bis previendo la exclusión del hogar del procesado agresor.

que intervengan en la sustanciación del proceso, mantendrán en reserva la identidad del denunciante" (art. 17).

Y las medidas a tomar no se agotan en la expulsión del agresor del hogar. El art. 21 también prevé *disponer el* reintegro al domicilio o residencia de la víctima que hubiere salido del mismo con motivo de los hechos denunciados y por razones de seguridad personal; *Disponer –inaudita parte– cuando razones de seguridad lo aconsejen, el inmediato alojamiento de* las víctimas en el establecimiento hotelero o similar más cercano al domicilio de éstas. Asimismo, en todos los casos, podrá disponer que el alojamiento temporario sea en la residencia de familiares o allegados que voluntariamente acepten lo dispuesto. *Prohibir, restringir o limitar la presencia del* agresor en el domicilio o residencia, lugares de trabajo, estudio u otros que frecuente también la víctima; *Prohibir al agresor comunicarse, relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar, en relación con la* víctima, demás personas afectadas, testigos o denunciantes del hecho; *Incautar las armas que el agresor tuviere en su poder, las que permanecerán en custodia en sede judicial*; *Disponer la asistencia obligatoria del agresor a programas de rehabilitación.*

El juez tiene amplio margen de discreción en cuanto al alcance y duración de las medidas adoptadas (art. 23). Claro está que siempre dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad, bajo el principio de máxima necesidad, criterios éstos que pueden ser revisados inclusive por órganos de apelación, control u otras instancias superiores. Y el Juez está vinculado por el dictamen de los equipos multidisciplinarios, que deben ser convocados tras la decisión de la medida cautelar, para evaluar la situación y en especial la peligrosidad.

Asimismo, al preverse la posibilidad de audiencias entre los involucrados, también se ha tomado la precaución de que puedan hacerse sin confrontación directa.[23]

23. "El art. 27, Ley 9.283, sienta el principio de tutela efectiva que tiende a evitar otra situación de violencia en los Tribunales, al prohibir la "confrontación o el comparecimiento conjunto", pero no "obliga" a citar a los involucrados en días diferentes. Por lo tanto, si a la luz del principio tutelar de la víctima se considera riesgosa la presencia simultánea, se los podrá convocar en horarios sucesivos. Lo dicho no impide que, verificada la efectividad de la medida y que la decisión anterior ha logrado desarticular la violencia de la crisis, se reúna a ambas partes para intentar que concilien, inmediatamente después de oírlos por separado. El principio de conciliación es rector en la actuación del fuero familiar y ya se ha visto que limitaciones legales

3. La exclusión o alejamiento del hogar del imputado en el proceso penal

En el ámbito nacional una norma expresa contempla la posibilidad bajo análisis,[24] al establecerse que el juez puede disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado en los procesos por ciertos delitos cometidos dentro de un grupo familiar, aunque estuviese constituido por uniones de hecho (CPPN., 310, 2.° párrafo).[25]

Para analizar la posibilidad de aplicación de este tipo de medidas, debe comenzar por indagarse sobre su naturaleza. Es evidente que no pueden ser una pena, porque en ese caso se estaría violando el principio de inocencia, al aplicárselas sin juicio previo. En consecuencia, corresponde determinar si constituyen medios de coerción procesales, entendidos éstos como restricciones o limitaciones coactivas a derechos dirigidos a asegurar los fines del proceso. En este sentido, no cabe duda que la medida de alejamiento del imputado del grupo familiar es un recorte

similares no empecen la aplicación de normas supletorias que posibiliten los acuerdos. Por todo lo expresado se estima que la postergación de la bilateralidad, propia de estos procesos urgentes, no afecta sustancial ni definitivamente la potestad judicial de escuchar a ambas partes en conjunto. En consecuencia, la contradicción del art. 27, LVF, con el orden jerárquico superior es sólo aparente y no se afectan las garantías de igualdad, debido proceso y defensa al no formularse criterios arbitrarios, de indebido favor, disfavor, privilegio personal o de clase o de ilegítima persecución. Por todo lo dicho, debe ratificarse que no existe inconstitucionalidad en esta norma, ya que la prohibición cuestionada no genera una repugnancia clara, precisa y manifiesta con el ordenamiento normativo superior. Finalmente, en caso de duda entre validez o invalidez de las normas jurídicas debe estarse por la primera" (Cámara 1.ª de Familia de Córdoba, 29.05.2006, A.I. n. 83, "V., A.H. –Denuncia Ley 9.283 –Recurso de Apelación", Semanario Jurídico 1.564, 29.06.2006, T.° 93 – 2006).

24. Similar situación se presenta también con otra medida preventiva en el proceso penal, como es el desalojo del inmueble presuntamente usurpado. Los puntos de contacto entre este tema y el del presente artículo son estrechos. Sobre el primero puede consultarse el excelente trabajo de G. Sebastián Romero, El desalojo preventivo del inmueble supuestamente usurpado. *Pensamiento Penal y Criminológico* 6/339 y ss., Córdoba: Mediterránea, 2003.

25. También lo hacen otras legislaciones, como la española (art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Similar régimen siguen Italia y Portugal, y algunos países latinoamericanos.

de prerrogativas constitucionales (principalmente el derecho a la libre locomoción, y también a la propiedad y a la libre elección de residencia). Pero como la pena también significa una pérdida de derechos, para distinguirla de la coerción procesal deben verse los fines. En esta última, una visión acotada indica que persigue garantizar que puedan cumplirse las metas procesales, tradicionalmente vistas como la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto. Siguiendo esta visión restringida, en algunos casos la exclusión del hogar no guardará correlación con las medidas de coerción, ya que será frecuente que aun permaneciendo dentro del núcleo familiar, el imputado de un delito de violencia familiar se someta pacíficamente al accionar de la justicia, sin obstaculizar a que eventualmente se lo condene. Queda claro con dicho ejemplo que, a veces, el alejamiento del agresor de las víctimas se dirige a proteger a éstas de nuevos ataques. Obsérvase aquí un fin preventivo. Si bien la coerción procesal puede tener esta meta, como ocurre cuando las leyes rituales obligan a impedir que los delitos tentados se consumen o hacer cesar sus efectos, ello "se refiere siempre a un hecho punible concreto, que se afirma como ya acaecido", diferenciándose de los fines preventivos de la pena, que "se refieren siempre al futuro...como acción dirigida al autor reconocido para evitar que él cometa nuevos delitos".[26] De acuerdo a esta distinción, en principio la protección de la víctima mediante la exclusión del imputado, puede ser vista como más propia de la coerción penal (evitar que se cometan nuevos delitos), que de la procesal (tutelar al proceso o evitar que el delito anoticiado se consume o produzca efectos). Se suma a este razonamiento, el hecho de que las principales figuras en que se subsumen los clásicos hechos de violencia familiar, suelen agotar el tipo con su realización (amenazas, coacción, lesiones), por lo cual no sería procedente –a primera vista– la coerción tendiente a evitar que se consume o produzca efectos.[27]

Sin embargo, entiendo que una interpretación más amplia e integral de nuestro sistema normativo, puede permitir considerar a la medida de alejamiento del agresor en los delitos de violencia doméstica, como una

26. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2002. t. I, p. 515 y ss.,

27. Distinta es la situación en otras figuras menos frecuentes, como la privación ilegal de la libertad que presenta permanencia; o en otros sistemas penales, como el español, que regulan específicamente el tipo de violencia familiar y puede corresponder que se lo haga cesar.

medida de coerción personal procesal válida, mediante los siguientes justificaciones:

3.1 Aseguramiento de los fines del proceso

Aun sin salir de los fines del proceso tradicionalmente reconocidos (averiguación de la verdad y aplicación de la ley sustantiva), en muchos casos la medida de alejamiento del agresor podrá ser útil para su aseguramiento. Debe tenerse en cuenta que el tema en debate tiene razón de ser cuando el imputado está en libertad, porque de lo contrario (p. ej. si está bajo prisión preventiva) la exclusión del hogar es una consecuencia necesaria[28] de la situación. Ahora bien, si el imputado está en libertad será porque el pronóstico de eventual condena ha sido de ejecución condicional (algo común por la baja entidad punitiva de las figuras que se aplican más frecuentemente a la temática) y porque no hay indicios de que tratará de eludir el accionar de la justicia o entorpecer la investigación. Pero, ¿qué ocurre si en estos casos hay motivos justificados para sostener que los episodios de violencia van a proseguir? Ello puede constituir un peligro para los fines del proceso por dos motivos: a) La futura sentencia por la que deberá velar la actividad procesal, en caso de ser condenatoria, podrá ordenar la "reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias" (CP., 29 inc. 1.°). Asimismo, de prevérsela eventualmente condicional, no sería extraño que entre las obligaciones que la sentencia imponga (CP., 27 bis), se encuentre la exclusión del hogar. Por ello, si la efectividad de estas alternativas peligrase por la inconducta del procesado, podría aplicarse el alejamiento del hogar preventivamente. b) Para la eficaz investigación del ilícito es necesaria la colaboración (testimoniales, pericias, informes técnicos, etc.) de la víctima y testigos (generalmente miembros de la familia), la cual se verá afectada si durante la tramitación del procedimiento viven en un clima de intimidaciones y presiones.[29] Y esto constituye un entorpecimiento de la investigación que puede habilitar el encierro cautelar. Pero como en materia de coerción rige el principio de aplicación de la menos gravosa, sería posible –inclusive a favor del imputado– que en

28. Salvo que se dé el caso de prisión preventiva domiciliaria.

29. Más aun si se tiene en cuenta que entre la investigación y el juicio suele pasar un tiempo considerable, siendo un peligro procesal que en ese lapso víctima y testigos que deberán declarar estén sometidos a presiones.

vez de encarcelarlo se le imponga alejarse del hogar, si con esto se puede neutralizar el peligro para la prueba.

3.2 Los derechos constitucionales de la víctima

Una de las tendencias del derecho procesal penal de los últimos años fue comenzar a prestarle atención a la víctima del delito. Por eso Bovino[30] señala que "después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal".

Esa tendencia se vio confirmada desde la irrupción de los pactos internacionales con la reforma constitucional de 1994, cuando la situación de la víctima en el proceso penal se vio favorecida, reconociéndose actualmente que "las nuevas corrientes procesales apuntan" a su "protección y trato digno", lo cual se sustenta en los derechos de "proteger su seguridad personal (...) de su familia y sus bienes".[31]

La incorporación de los tratados dio rango fundamental expreso al derecho a la tutela judicial efectiva (CADH, 25), obligando al Estado a proveer a los ciudadanos una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. Este derecho implica que la víctima reciba una "respuesta adecuada a su grave situación individual, familiar y social, para atenuar las secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en su persona y en su grupo familiar, y tener asegurada su integridad y tranquilidad personales durante el proceso", como así también evitar la revictimización para impedir "que la sensación de inseguridad en que se encuentra a partir de la comisión el ilícito se acentúe por la indiferencia estatal frente a su situación, lo que contribuirá a atenuar los graves efectos que muchas se ocasiona en el sujeto pasivo de la criminalidad".[32]

30. La participación de la víctima en el procedimiento penal. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 87,

31. PARMA, Carlos. El rol de la víctima en el proceso. *Ley, Razón y Justicia* 6/230. Neuquén, jul. 2002.

32. CAFFERATA NORES, José I., y otros. *Manual de derecho procesal penal*, UNC, 2003, p. 246. En similar sentido, FINOCHIETTI, María Dolores. *Los derechos de la víctima dentro del proceso penal, XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2001. t. II, p. 450.

"Precisamente, espigando tales tratados es posible detectar elementos que apuntan a la configuración de un 'derecho (...) constitucionalizado". En tal sentido, el derecho en cuestión "se manifiesta en las prerrogativas de toda persona: a ser reconocida como sujeto jurídico, a ser protegida de los ataques contra los derechos que de esa calidad emana, y a concurrir y ser oída por los tribunales".[33] En la reglamentación de estas prerrogativas constitucionales, el código de la Nación establece como derecho de la víctima, la protección de su integridad física y moral, inclusive de su familia (art. 79 inc. c).[34]

Esto tiene una especial proyección en los delitos de violencia doméstica, por cuanto el "alto stress que conmueve profundamente a la persona que sufre la conducta violenta" se agrava "en las situaciones de vulnerabilidad de la víctima por el grado de conocimiento autor-víctima *familiar*".[35]

De esta manera, cuando hablamos de la exclusión del hogar del familiar violento, nos encontramos con un derecho constitucional de la víctima a que se garantice su integridad física y psíquica, contraponiéndose al derecho a la libertad de circulación y residencia del excluido. Como toda colisión de intereses constitucionales, debe ser solucionada de acuerdo al criterio de proporcionalidad.

La teoría del derecho ha analizado la cuestión en estudio bajo la siguiente descripción: "La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma con carácter de derecho fundamental entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponde-

33. BERTOLINO, Pedro. La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina. *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 25.

34. Normativa que tiene su inspiración. Los principios de justicia asistencia para las víctimas de delitos de Naciones Unidas (cfr. Marchiori, Hilda. La víctima: su consideración por la administración de justicia. *Pensamiento Penal y Criminológico* 1/123. Córdoba: Mediterránea, 2000).

35. MARCHIORI, op. cit., p. 111.

ración, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental".[36]

Asimismo, von Rippel[37] sostiene que "sólo sobre la base de un cuidadoso análisis de la respectiva situación y de una ponderación justa de todos los intereses que están en juego, es posible decidir, en el caso particular, a cuáles resultados conduce esta referencia general que, sin embargo, muchas veces, permite, sin más, una decisión inequívoca. Sería una ilusión pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la ley fundamental. Más bien habría que partir de la fórmula general: 'Toda norma de derecho fundamental vale sólo cuando y en la medida en que al interés de libertad protegido no se le opone ningún interés (bien jurídico) de valor superior.' La aplicación de esta fórmula presupondría una ponderación de los respectivos intereses".

En la temática que nos ocupa se da unos de los requisitos propios de los institutos limitadores de derechos constitucionales, cual es perseguir un interés o bien jurídico democrático, concretado en la protección de la víctima y su grupo familiar.

Pero así como es una tarea fundamental del Estado y del proceso penal moderno la eficaz tutela de los derechos e intereses de la víctima, también debe reconocerse que ello "no puede redundar en una lesión o restricción de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, ni conducir a una política criminal puramente represiva que infrinja principios elementales de legalidad e intervención mínima del derecho punitivo. Inadmisible resultaría también el fomento de una actitud puramente vindicativa de los derechos de las víctimas que convierta a estas a su vez en verdugos de sus agresores, lo que conduciría a un nuevo enfrentamiento y no al apaciguamiento de la situación de conflicto".[38]

36. Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 112.
37. Menc. y criticado por Alexy en Teoría de los derechos (...) cit., p. 116.
38. HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F; *Introducción a la Criminología*, menc. por De Hoyos Sancho, op. cit., p. 177 y ss.,

Por eso es necesario que bajo esta línea de argumentación, en cada caso concreto se establezca el alcance de la restricción, lo cual implica la "prohibición de exceso" en base a los criterios de utilidad (idoneidad para alcanzar el fin previsto[39]), necesidad (alternativa menos lesiva) y racionalidad (justificación de la restricción en base a la inferioridad del perjuicio que se causa al excluido[40] respecto de la importancia de la integridad de la víctima y allegados). En nuestro sistema constitucional el criterio de proporcionalidad se inclinará con más fuerza a favor de la víctima, cuando ésta sea menor, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño.[41] Ello es así por cuanto dicho tratado internacional incorporado a nuestra carta magna con la reforma de 1994 establece que en todas las medidas que se tomen concernientes a los niños, su "interés superior" deberá ser siempre una "consideración primordial a que se atenderá" (art. 3 inc. 1.º). Esto implica que "el estándar jurídico del interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares".[42] Por aplicación de esta regla de interpretación, la jurisprudencia ha sostenido que en el marco de actuaciones sobre violencia familiar se debe tener primordialmente en cuenta la Convención, "conforme a la cual las decisiones que se adopten cuando haya menores involucrados deben consultar primordialmente su interés"[43] y que "la tutela de los derechos del niño es factor primordial de toda relación judicial", por lo que "ante cualquier conflicto de interés de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener

39. En este punto deberá también analizarse si la medida no será contraproducente, es decir, conducir a una mayor violencia. Han sido de público conocimiento casos de homicidios cometidos por cónyuges excluidos del hogar (uno de los más resonantes del 2003 fue el 20 de abril, cuando Raúl López, un policía de Neuquén, asesinó a su esposa y al hombre que la acompañaba, tras lo cual se suicidó).
40. Para evaluar el daño que se causa al sujeto pasivo de la medida, deberá tenerse en cuenta el tiempo de la misma y la posibilidad de residencia alternativa del excluido (situación económica, salud, etc.).
41. Que para los alcances de la convención comprende a los menores de 18 años (art. 1).
42. D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Astrea, 2001, p. 48.
43. CNCiv., Sala A, 28.05.1996, *DJ*, 1997-I-228, menc. por D'Antonio, op. y p. cit.

prioridad sobre cualquier otra circunstancia, y toda decisión debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección".[44]

3.3 El cese de los efectos del delito

Uno de los fines de la investigación penal es el de "hacer cesar los efectos del delito" o evitar sus consecuencias ulteriores. Según señala autorizada doctrina,[45] esto consiste en impedir que los delitos permanentes o continuados sigan consumándose, que la tentativa de un delito llegue a la consumación, que el autor logre la finalidad particular que se propuso al cometer el delito o que permanezcan los efectos del delito. La razón de ser de este fin está dada en que "existe una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios".[46]

En relación a una temática similar a la tratada, esto es la medida de desalojo preventivo de inmuebles supuestamente usurpados, se ha señalado que corresponde a los órganos de la investigación evitar que permanezcan las consecuencias del ilícito o se incrementen aquellos efectos provocados por el injusto, cuando el mismo se encuentra en principio acreditado.[47] Cafferata Nores y Tarditti[48] han ido más allá, señalando que cuando la ley procesal penal remite a la normativa procesal civil y comercial en lo referente a embargos y "otras medidas cautelares", permite "utilizar las aquí reguladas cuando su aplicación sea necesaria para hacer cesar la comisión del delitos o sus efectos, o para evitar que se consolide su provecho, o para obstaculizar la impunidad de sus partícipes" agregando que "incluso será posible en esta materia la aplicación analógica de otros códigos procesales penales", como el de la Nación cuando regula el reintegro de la posesión o tenencia del inmueble usurpado.

44. CNCiv., Sala I, 31.05.1995, *JA*, 1995-I-322, menc. por D'Antonio, op. y p. cit.

45. Núñez, Ricardo. *Código Procesal Penal comentado de Córdoba*. Córdoba: Lerner, 1986, p. 169; Cafferata Nores, José I.; Tarditti, Aída T. *Código Procesal Penal de Córdoba comentado*. Córdoba: Mediterránea, 2003, t. II, p. 8.

46. CSJN., 254:320, autos "Tiboldi", considerando 13, menc. por Cafferata Nores y Tarditti, op. y p. cit.

47. Cafferata Nores, José I. *Consenso y nuevas ideas*. p. 91; Hornos, Roberto. *El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados*. L.L. 2001-E, 936, mencs. por Romero, G. Sebastián, op. cit.

48. *Código Procesal Penal de Córdoba comentado*, t. II, p. 8, 592 y 593.

En el ámbito de la violencia familiar la gama de figuras penales aplicables es amplia y dependerá de la característica de cada una la posibilidad de hacer cesar los efectos del delito. Podrá darse en delitos permanentes, o sea aquéllos "en los que la acción consumada puede prolongarse en el tiempo (...) continuar consumándose por un lapso más o menos prolongado",[49] como sería la hipótesis de privación de libertad de un cónyuge a otro. Pero generalmente los casos de agresividad doméstica constituyen delitos instantáneos, "en los que la acción se consuma en un momento y en él termina"[50] (p. ej. lesiones, abusos de armas, amenazas, etc.). Aun en estos casos no está absolutamente impedida la actividad judicial de excluir al imputado del hogar. Cuando se investigan varios episodios constitutivos de delincuencia familiar es común que se los califique legalmente aplicando las reglas del concurso real (CP., 55), es decir, se los considera fáctica y jurídicamente independientes. Pero pueden presentarse situaciones que constituyan una continuación delictiva. Siguiendo a Núñez,[51] se caracteriza porque "concurriendo varios hechos excluye el concurso real" sustentada "en la determinación del autor de delinquir de una manera que objetivamente traduzca la prosecución de un mismo delito". Ello requiere una pluralidad de actos penalmente típicos, que pueden presentarse bajo distintas modalidades: a) realizados en un mismo y único contexto (p. ej. el ladrón que entra y sale de la casa sacando bienes muebles) y conformadores de una misma conducta (p. ej., el violador que en el mismo acto introduce su miembro más de una vez a la víctima); b) consecuencia de una misma trama delictiva; c) constitutivos de una servidumbre unos respectos a otros (p. ej. la defraudación cometida para ocultar una anterior). Los requisitos comunes son que los actos tengan una misma calificación legal, modalidad semejante, que el bien lesionado no excluya la posibilidad de prosecución y que la estructura del delito no implique mutiplicarlo.

Aplicadas estas premisas a la delincuencia relacionada con la violencia familiar, algunos casos podrán ser encuadrados como continuación delictiva. Por ejemplo, si un cónyuge se propone infundir miedo al otro para que abandone el hogar y en varios actos le anuncia males

49. Creus, Carlos. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 189.

50. Creus, op. y p. cit.

51. Núñez, Ricardo C. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Córdoba: Lerner, 1988, p. 250 y ss.

a su persona, afectando así la tranquilidad espiritual de la víctima y del grupo familiar. Como consecuencia del encuadre propiciado, la exclusión del hogar podrá ser una medida dispuesta con el fin de hacer cesar la actividad continuada.

Otra hipótesis, no ya de continuación, pero sí de consecuencias posteriores negativas del delito investigado, puede darse principalmente en figuras que protegen la libertad (p. ej., amenazas, coacción), en las cuales la convivencia del supuesto autor con la víctima puede ocasionar que se extienda la proyección del daño causado por el delito (p. ej. el miedo buscado con la frase amenazante). Debe tenerse en cuenta que el bien jurídico que protegen estas figuras, es la libertad, consistente "a la par que en la facultad de determinarse o de obrar o de no obrar en determinado sentido, el derecho a la preservación de la propia tranquilidad, de un ámbito de intimidad material y de las ideas y pensamientos propios".[52] En consecuencia, en los casos en que a causa del delito se haya quebrado el ámbito de libertad y tranquilidad, también podrá proceder la exclusión del hogar, si con ello se pueden hacer cesar las consecuencias ulteriores del delito consumado.

3.4 Requisitos

Para la imposición de la medida bajo análisis deberán darse ciertos requisitos, toda vez que constituye una limitación o restricción a derechos constitucionales. Tales requisitos son: el fundamento (basado en prueba de la situación de violencia), el peligro para las personas involucradas de manera tal que influya en los fines del proceso o en la consumación o efectos del delito, y la proporcionalidad.

Para el sustento probatorio serán necesario al menos motivos bastantes de sospecha, los que se deberán hacer constar en la fundamentación y que "podrían consistir quizá en la constancia de antecedentes o incluso denuncias previas por hechos semejantes, en amenazas o manifestaciones públicas del presunto agresor, o en circunstancias de los hechos imputados que revelen una especial peligrosidad del sujeto".[53] Es decir que el temor de la reiteración debe ser motivado, no bastando la

52. Idem. *Manual de derecho penal, parte especial*. 2. ed. act. Víctor F. Reinaldi. Córdoba: Lerner, 1999, p. 146.

53. Arangüena Fanego, C. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999 en materia de malos tratos. *Actualidad Penal* 11. Madrid: La Ley España, marzo, 2000.

mera sospecha. El fundamento podrá estar dado en la habitualidad, la cual podrá apreciarse teniendo en cuenta el número de actos de violencia probados, la proximidad temporal y procesos anteriores.[54]

Por último, deberá tener duración limitada, en razón de la provisionalidad que caracteriza a toda medida de coerción (ver al respecto lo consignado al tratar el cese de la misma).

3.5 *Modalidad*

Por lo expuesto, aun cuando no haya una ley que especifique las medidas; en general pueden presentar distintas modalidades: 1.°) Prohibición de residir o acudir a determinado lugar,[55] barrio o sector.[56] 2.°) Prohibición de aproximarse o comunicarse[57] con los afectados por la

54. En España, el Consejo General del Poder Judicial (informe del 21.03.2002 basado en las sents. del TS del 07.07.2000 y 07.09.2000), señala que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad de acciones en sí misma considerada, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que se llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente (cit. por De Hoyos Sancho, Montserrat, La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal. *Revista de Actualidad Penal* 32. Madrid: La Ley España, sept. 2002).

55. Sería inconstitucional imponer a una persona irse de una ciudad o del país.

56. Debe tratarse de lugares donde reside o desempeña actividades habituales (trabajo, educación) o necesarias (tratamiento médico) la víctima y el grupo familiar. La medida debe limitarse únicamente a la protección de la víctima y cuando no haya otra alternativa. El exceso en este sentido podría generar consecuencias adversas, como ha sucedido en Estados Unidos con los violadores a los que se les ha impuesto condiciones tan estrictas, que les dificulta su residencia. En el número de diciembre del 2007, la Revista *Corrections Today* publica un meduloso estudio de R. Tewksbury, de la Universidad de Lousville, en el que concluye que las restricciones domiciliarias excesivas han traído problemas no deseados: recarga laboral de la policía para constatar residencias y rastrear desaparecidos; propietarios e inmobiliarias renuentes a alquilar casas a los condenados; vagabundeo; falta de control; aislamiento individual, marginación social e inestabilidad laboral y residencial, obviamente caldos de cultivo para la reincidencia.

57. Personalmente o inclusive por otros medios (p. ej. por teléfono, correo tradicional o electrónico), lo cual será necesario generalmente cuando existan amenazas.

violencia doméstica. 3.°) Someterse a un tratamiento específico para combatir las causas de la agresividad familiar (p. ej. internación por alcoholismo). 4.°) Prohibición de tenencia y portación de armas, aun cuando estuviese autorizado a ello por organismos administrativos y no las hubiese empleado para cometer el hecho investigado, si se temiese fundadamente que puede utilizarlas en contra de los afectados.[58]

Teniendo en cuenta las modalidades señaladas precedentemente, puede observarse que su encuadre legal puede subsumirse en las obligaciones que los códigos de forma autorizan a imponer al imputado en libertad para asegurar el cumplimiento de los fines procesales (p. ej., la de "no concurrir a determinados sitios" ó "someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe" – CPPN., 317; CPPC., 268).

En el acta por la cual se le notifica al imputado la medida y sus alcances, se le podrá hacer saber que la falta de cumplimiento de tales obligaciones puede traer aparejado que se disponga su encierro cautelar, mediante detención o prisión preventiva, como una forma de darle más fuerza de advertencia al acto.

3.6 Incumplimiento

En los conflictos familiares no será extraño que el sujeto al cual se le impone el alejamiento del hogar u otra modalidad, viole tal obligación, por los conflictos profundos que subyacen en este tipo de delincuencia. Tampoco debe descartarse que el dictado de la medida en ciertos casos pueda ser contraproducente y genere mayor agresividad en el imputado. Ante la falta de efectividad de la exclusión o medida similar, puede corresponder la separación del núcleo familiar forzosa, mediante la detención y prisión preventiva, por incumplimiento de las obligaciones impuestas, lo que constituye elusión del accionar de la justicia.

En algunos lugares se ha desarrollado tecnología para controlar a distancia a personas, evitando que salgan de cierto lugar o que se acerquen a otros.[59] La técnica consiste en la colocación de una pulsera o

58. En varios países se acepta el secuestro de armas en poder del imputado, aun cuando éste no las haya utilizado para cometer el hecho (cfr. De Hoyos Sancho, op. cit.).

59. Prisión, libertad y negocios, *La Voz del Interior*, 02.11.1999. Sobre su funcionamiento para el control de la exclusión en delitos de violencia familiar, ver

tobillera en el sujeto controlado, con un dispositivo que emite una señal a una central, indicando donde se encuentra y avisando cualquier violación a la obligación.[60] Si bien en Estados Unidos se ha usado el sistema tanto para vigilancia de imputados como para protección de víctimas, en Argentina la experiencia de la Provincia de Buenos Aires se dirigió al control de la prisión preventiva domiciliaria.

3.7 Órgano de disposición e impugnación

En el orden nacional, la adopción de la exclusión del hogar está a cargo del juez, porque así lo establece expresamente el art. 310 del CPPN. Asimismo, las decisiones de los jueces se atacan por vía del recurso de apelación (CPPN., 449) si causan un gravamen irreparable. Éste ha sido conceptualizado como "perjuicio concreto";[61] "perjuicio jurídico, procesal o sustancial";[62] "perjuicio que la resolución judicial causa a la parte, que se proyecta a su situación frente al proceso y que, sin ser declarada expresamente apelable, se encuentra protegida por el orden jurídico general";[63] "interés directo y legítimo para impugnar, en virtud de que la resolución no satisfizo sus pretensiones y porque perjudica definitivamente su situación frente al proceso".[64] Cualquiera sea la definición que se tome, es claro que en la temática que nos ocupa, donde la integridad física y psíquica de la víctima o los derechos constitucionales del imputado dependen de lo que se decida, ello configura el gravamen irreparable requerido por la ley para habilitar la apelación, sin perjuicio de que sea "una cuestión de hecho que se presenta en cada caso concreto".[65]

de Hoyos Sancho, op. cit.

60. Frecuentemente cuando se habla de la cuestión se opina que la carencia de medios impide entre nosotros implementarlo. Pero lo cierto es que cuando se trata de sustituir la privación de libertad cautelar por este tipo de métodos, está demostrado que resulta más económico que la cárcel o la custodia policial.
61. Cafferata Nores, *Consenso y Nuevas Ideas*, p. 110.
62. Cacusación, en *Ponsa*, Auto 39/80.
63. CNPenalEcon., SalaB, 27.08.1999 en *Gorali*, L.L., 2000-C, 449.
64. Abalos, Washington. *Código Procesal Penal de la Nación comentado*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 1994, t. II, p. 961.
65. CNPenalEcon., SalaB, 03.04.97, en *Valbros*, L.L., 1998-C, 905; CFedApel. Mza., Sala A, 05.03.1990.

Poder determinar el legitimado a recurrir dependerá de la decisión del juez y a quién afecte. Si se trata de aplicación de la exclusión del hogar, será el imputado la parte habilitada a la interposición. Si, en cambio, la medida fue pedida por el querellante particular o el ministerio público y fue denegada por el magistrado, serán aquellos los facultados a impugnar.

En el orden provincial el fiscal de instrucción es competente para entender en el dictado de la exclusión del hogar porque la investigación penal preparatoria –por regla– está a su cargo y a éste la ley le otorga facultades coercitivas limitativas de la libertad de locomoción. El rito local prevé la oposición[66] (CPPC., 338) como mecanismo de cuestionamiento de las decisiones del fiscal. En principio, esta vía sólo está prevista para los casos expresamente establecidos en la ley. Sin embargo, la jurisprudencia dominante de los juzgados de control y cámaras viene sosteniendo que "siempre que se argumente un agravio irreparable emanado de un acto de la investigación Fiscal, las partes deben tener derecho a cuestionarlo ante el Juez de Control, no sólo por estar en juego el derecho de defensa, sino también el de igualdad ante la ley y en el proceso" ya que "las partes en la investigación jurisdiccional tienen la vía de la apelación para atacar resoluciones que les causen gravamen irreparable, situación de la que carecerían las partes en la investigación fiscal, de sostenerse la posibilidad de que no hay medio legal para atacar actos que generen un perjuicio insubsanable".[67]

En consecuencia, la exclusión o su denegatoria decididas por el fiscal son atacables por vía de la oposición y cabe concluir por los mismos motivos (gravamen irreparable), que lo resuelto por el juez de control dirimiendo la impugnación, será recurrible por vía de la apelación (CPPC., 460).

66. También el CPPC prevé la ocurrencia directa ante el juez de control. Para algunos "oposición y ocurrencia son el mismo instituto" (CAFFERATA NORES, José I. y AA.VV., *Manual de derecho procesal penal*, p. 446 y ss.), para otros son diferentes (BALCARCE, Fabián. De oposiciones y ocurrencias, p. 71 y ss., *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal* 5, UNC., 2000).

67. JCtrol. n. 2 en *Rodríguez-homicidio calificado*, oct. 1999 y en *Bonotto*, sept. 1999; JCtrl. n. 1 en *Valdez-Homicidio culposo*, jun. 1998; CAcus. en *Monferrán*, A.I. 84 del 13.05.1999, Ussus Fori, n. 12, año 2000, p. 25 y 26; también el mismo tribunal en A.I. 251 del 02.12.1999.

Finalmente, las resoluciones sobre medidas cautelares no son revisables –en principio– por vía de la casación o otros remedios extraordinarios, por no constituir "sentencia definitiva". No obstante hay una serie de resoluciones provisorias que se dictan en el curso de un proceso, que la jurisprudencia, por sus efectos, ha equiparado a sentencia definitiva. Uno de estos casos ha sido la decisión "que deniega la medida de exclusión del hogar solicitada para frenar un pretenso severo caso de violencia familiar". De modo que esa denegatoria, de ser justificable, resultaría riesgosa y podría producir, con el mantenimiento de la persona violenta en el hogar, un gravamen irreparable, o de muy gravosa reparación ulterior.[68]

3.8 Cese

Como todas las medidas de coerción, la analizada tiene como nota característica la provisionalidad, es decir que "su duración se subordina a la necesidad de su aplicación y mantenimiento" y "en cuanto tal necesidad desaparezca, por desaparición de las razones que la determinaron, o por su atenuación, la medida de coerción deberá cesar".[69]

Además, la exclusión del hogar cesará con el sobreseimiento o la absolución. En caso de condena condicional, podrá transformarse en un requisito de la no efectividad de la pena, por medio de las obligaciones que el tribunal puede imponer (CP., 27 bis). También concluirá cuando no siga siendo necesaria para asegurar el fin perseguido (p. ej. el alcohólico sobre quien, tras una internación, los especialistas aseguran que no representa un peligro para la familia).

Bibliografía

Abalos, Washington. *Código Procesal Penal de la Nación comentado*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 1994.

Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Arangüena Fanego, C. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal por Ley Orgánica 14/1999 en materia de malos tratos. *Actualidad Penal* 11, la Ley España. Madrid, marzo, 2000.

68. STJCtes., Sent. n. 103, 24.05.2001.

69. Cafferata Nores, José I. y otros. *Manual de derecho procesal penal*. UNC., 2003, p. 358.

BALCARCE, Fabián. De oposiciones y ocurrencias. *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal* 5. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 2000.

BERTOLINO, Pedro. *La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina, en la víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

BOVINO, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal, en problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

CAFFERATA NORES, José I. *Consenso y nuevas ideas*. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1999.

_____; FERRER MARTÍNEZ, Rogelio; FEIT, Pedro León; ZINNY, Jorge H. *Tribunales de familia de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Alveroni, 1993.

_____; y AA.VV. *Manual de derecho procesal penal*. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 2003.

_____; TARDITTI, Aída T. *Código Procesal Penal de Córdoba comentado*. Córdoba/Argentina: Mediterránea, 2003.

CESANO, José Daniel y VACCARISI, María Elizabeth. Los programas de asistencia a la víctima en el Estado neuquino. *Ley, Razón y Justicia* 6. Neuquén/Argentina: Alveroni, 2002.

CREUS, Carlos. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Convención sobre los derechos del niño*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal. *Revista de Actualidad Penal* 32. La Ley España, Madrid, septiembre 2002.

DE TORRES P. – F. Espada. *Violencia en casa. Serie psicología y bienestar*. España: Aguilar, 1996.

DE URBANO CASTRILLO. El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar. *La Ley España* 5.248, 15.02.2001.

FINOCHIETTI, María Dolores. Los derechos de la víctima dentro del proceso penal, XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Universidad Católica de Cuyo. San Juan/Argentina, 2001.

GIBERTI, Eva. Alerta y cuidado de salud de los operadores ante los efectos traumáticos de atención a las víctimas. *Pensamiento penal y criminológico* 3. Córdoba: Mediterránea, 2001.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Respuestas a la violencia familiar. *Comercio y Justicia*, Córdoba/Argentina, 03.11.2003.

HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HORNOS, Roberto. *El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados*. Buenos Aires: La Ley, 2001-E, 936.

LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba/Argentina, 22 y 23.12.2003.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2002.

MARCHIORI, Hilda. La víctima: su consideración por la administración de justicia. *Pensamiento penal y criminológico* 1. Córdoba: Mediterránea, 2000.

NÚÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal comentado de Córdoba*. Córdoba: Lerner, 1986.

NÚÑEZ, Ricardo C. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Córdoba: Lerner, 1988.

_____. *Manual de derecho penal, parte especial*. 2. ed. act. Víctor F. Reinaldi. Córdoba: Lerner, 1999.

PARMA, Carlos. El rol de la víctima en el proceso. *Revista Ley, Razón y Justicia* 6. Argentina: Neuquén, 2002.

PLANET I ROBES, Silvia; PÉREZ I BRAVO, Francesca. La violencia doméstica y el hombre maltratador: estrategias de actuación en Europa y en Cataluña. *Revista Catalana de Seguretat Pública* 9. Barcelona/España, 2001.

ROMERO, G. Sebastián. El desalojo preventivo del inmueble supuestamente usurpado. *Pensamiento Penal y Criminológico* 6. Córdoba: Mediterránea, 2003.

ROMERO, José Alberto. *Delitos contra la familia*. Córdoba: Mediterránea, 2001.

TEWKSBURY, Richard and Jill Levenson. *When evidence is ignored: residential restrictions for sex offenders*. Corrections Today, U.S.A., 2007.

VIRDÓ, Enrique. *Violencia familiar. La voz del interior*. Córdoba/Argentina, 03.01.2004.

III CRIME E SOCIEDADE

1
Polícia e direitos humanos: critérios racionais de ação

ELIOMAR DA SILVA PEREIRA

Pós-graduado *lato sensu* em Ciências Criminais (Unama/IELF/ESUD). Professor de Direitos Humanos da Academia Nacional de Polícia. Delegado de Polícia Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: No Estado Democrático de Direito, a polícia deve respeitar seus fundamentos e princípios, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos decorrentes de compromisso assumido pelo Estado em suas relações internacionais. Assim, o cumprimento do dever legal da polícia, em sentido amplo, requer aplicação da lei interna e dos tratados internacionais. Ademais, deve a polícia atribuir conteúdos substanciais às normas e estabelecer critérios racionais de ação, recorrendo ao postulado da proporcionalidade e seus requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia – Direitos humanos – Colisão de direitos – Proibição de excesso – Postulado da proporcionalidade.

ABSTRACT: Under the democratic rule of law the police must respect its fundaments and principles, above all, the dignity of the individual and the prevalence of human rights resulting from commitments made by the State in its international relations. Therefore the fulfillment of the police's legal duty, generally speaking, requires the enforcement of domestic laws and international treaties. Furthermore, the police should assign substantial contents to norms and establish rational criteria for action, resorting to the postulate of proportionality and its adequacy requirements, necessity and proportionality, in the restricted sense.

KEYWORDS: Police – Human rights – Collision of rights – Prohibition of excesses – Postulate of proportionality.

SUMÁRIO: 1. Que polícia? – 2. Os fins da polícia: 2.1 Princípio da prevalência dos direitos humanos – 3. Os meios da polícia: 3.1 O princípio da legalidade "reforçada"; 3.2 Os sistemas internacionais de direitos humanos; 3.3 A insuficiência legislativa e o problema da colisão de direitos: 3.3.1 A colisão de direitos e alguns critérios de solução; 3.4 O "princípio da proibição de excesso" diante do caráter puramente formal da legalidade: 3.4.1 A proibição de excesso e a proibição por defeito – 4. O postulado da proporcionalidade – 5. Conclusão – Bibliografia.

1. QUE POLÍCIA?

A Polícia é a instituição estatal incumbida do controle social formal, mediante o uso da força física permitida.[1] Esse é um conceito que se encontra com certa concepção a respeito do Estado, considerado como comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem sucedida, o monopólio do uso legítimo da violência física (cf. Weber, 2008, p. 60).[2]

Segundo Dominique Monjardet: "Essa reivindicação se sustenta de várias maneiras, ideológicas, jurídicas, mas antes de tudo pragmáticas: pela criação, manutenção e comando de uma força física suscetível, por sua superioridade, de impedir a qualquer outra pessoa o recurso à violência, ou de contê-lo nos quadros (nível, forma, objeto) que o

1. Segundo definição de Sergio Bova: "É uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranqüilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais" (in: BOBBIO, MATEUCCI, PAQUINO, 2004, p. 944). Segundo perspectiva criminológica, a "teoria das tarefas restantes" defende que à Polícia se atribuem todos aqueles problemas que os demais sistemas de controle social não conseguiram resolver, de tal forma que "quanto pior funcionam as redes sociais, mais problemas sobram à Polícia para resolver" (cf. GARRIDO, Stangeland, Redondo, 2006, p. 852).
2. Embora Weber considere que o Estado reivindica "de maneira bem sucedida" o monopólio referido, deve-se considerar que o próprio Estado reserva ao particular a possibilidade de por si usar a força diante de uma injusta agressão (v.g. legítima defesa). Quanto ao uso da violência pela criminalidade, deve-se ter em mente que não se trata de uso legítimo, embora coexista com o uso legítimo do Estado.

próprio Estado autoriza. Essa *força pública* é mais comumente denominada polícia" (2002, p. 13). Daí a relação inevitável entre Estado e Polícia.[3]

Admite-se, em vista disso, que a Polícia se apresenta como instrumento do Estado, destinada a lhe cumprir as funções vitais de existência, pela manutenção da ordem posta pela força. Nesse sentido, ainda segundo Dominique Monjardet: "A generalização da forma estatal na superfície do planeta foi acompanhada pela estatização de instituições policiais; disso não decorre, de forma alguma, que seja sempre e em toda parte, ou mesmo jamais, satisfeita totalmente a reivindicação dos Estados (diretamente ou por instâncias delegadas) de exercer o monopólio do uso legítimo da força física" (2002, p. 13).

Sob esse aspecto, admitido que seja, pode-se dizer que a Polícia assume a "personalidade" que o Estado reflete no curso de sua história política, relativamente ao exercício da autoridade sobre a Sociedade e, sobretudo, na legitimação do uso da força contra o indivíduo nas relações de poder. Essa questão tem sido identificada na literatura através da metáfora do "martelo, da bigorna e do ferreiro", que evidencia a relação existente entre "Polícia, Sociedade e Estado", respectivamente.[4] Referindo-se à definição de E. Bittner, segundo o qual a Polícia é um "instrumento de distribuição da força não negociável", Dominique Monjardet

3. Segundo abordagem histórica e semântica, "existe comum acordo em ligar o termo 'polícia' – assim como 'política' – ao grego *politeia*. Até Aristóteles, com algumas variações, o termo remete de um lado à Cidade [*polis*], enquanto entidade distinta das outras comunidades políticas, de outro àquilo que mantém a Cidade em sua unidade, a saber: a arte de governar. A partir de Platão e Aristóteles, o conceito muda de conteúdo e remete a duas ordens de realidades: primeiramente, designa esse conjunto de leis e de regras que concerne à administração geral da Cidade, isto é, a ordem pública, a moralidade, a salubridade, os abastecimentos; além disso, remete a esses 'guardiães da lei' de que fala Platão em *A República*, encarregados de fazer respeitar essa regulamentação. (...) Os romanos tomam de empréstimo aos gregos o tempo *politeia* (que corresponde para eles a dois conceitos, o de *res publica*, a 'coisa pública', e o de *civitas*, que designa os 'negócios da cidade'), mas o latinizam para *politia*, derivado da palavra *polis*, que significa 'cidade'. Paralelamente, seus juristas dão um conteúdo e um lugar específicos à noção de 'polícia', em construções teóricas que visam a justificar a soberania absoluta imperial sobre seus súditos" (Monet, 2002, p. 20). Em sentido aproximado, cf. Bova, p. 944 (in: Bobbio, Matteucci, Parquino, 2004).

4. Acerca da metáfora, com mais detalhes, cf. Monjardet, 2002, p. 21 e ss.

põe de lado as idéias de *necessidade* e *legitimidade*, que soem acompanhar a interpretação do conceito de Polícia, para evidenciar a *instrumentalidade* como elemento essencial dessa relação com o Estado (2002, p. 22). A Polícia, sob esta perspectiva, vem a ser resultado da configuração que o Estado assume relativamente à Sociedade; a personalidade do Estado, assim, se reflete na atividade policial, instrumentalmente.

No entanto, para além dessa metáfora, a Polícia supõe *dimensões* outras que excedem sua função meramente instrumental, num ponto a convergir com o Estado, noutro a dele se distanciar, contudo. A aparente contradição se explica pela tridimensionalidade da Polícia, que pode ser vista como *instituição, organização e profissão*,[5] do que resulta que "toda instituição é primeiro uma reunião de homens e de mulheres, isto é, uma organização de trabalho e um ou vários grupos profissionais" (Monjardet, 2002, p. 23).[6] Ante tais dimensões, embora verdadeira a "metáfora do martelo, da bigorna e do ferreiro" que vê na Polícia aquele braço armado do Estado para atuar sobre a Sociedade, não é menos verdadeiro que, não raro, ela se emancipa e deixa de ser o espelho da personalidade estatal. É que a Polícia, como administração pública, segundo um Estado Democrático de Direito, não se pode confundir com o próprio Estado nem com os governos sucessivos que o dirigem.[7]

5. Nesse mesmo sentido, reconhecendo na Polícia três dimensões, cf. MONET, 2002, p. 15 e ss.

6. "Por essa razão, a instituição apresenta propriedades que a diferenciam radicalmente de um instrumento inerte, por mais sofisticado que ele seja. Os processos de trabalhos coletivos, como toda a sociologia das organizações desde Weber e Michels ensinam, implicam mecanismos propriamente organizacionais, que não se reduzem apenas à racionalidade de quem os comanda: não há organização formal sem organização informal e, portanto, sem opacidade nem inércia. De mesmo modo, todo grupo profissional, uma vez definido por ser detentor de competências exclusivas (seja em termos de atribuições ou de saberes), desenvolve interesses e cultura profissional próprios, que constituem outros tantos princípios e capacidades de resistências à instrumentalização por terceiros: não há profissão sem um quantum de autonomia" (MONJARDET, 2002, p. 23).

7. Segundo Lucio Levi: "Numa primeira aproximação e com base num dos significados que o termo tem na linguagem política corrente, pode-se definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém, acrescentar que o poder de Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado

Não obstante, impera a feição instrumental da Polícia. Daí porque, Dominique Monjardet (2002, p. 207), ao falar sobre "Polícia e Poder", na dinâmica interna da relação entre Estado e Sociedade, é expressa ao dizer que:

"A polícia como instituição é uma ferramenta nas mãos da autoridade política para empregar a força (e, em geral, o conjunto dos meios de ação não contratuais) quando esta se revela necessária para fazer aplicar ou respeitar a lei, isto é, os valores que animam a sociedade considerada ou, pelo menos, o poder que se exerce sobre ela."

O importante, contudo, é que sendo a Polícia instrumental de um Estado Democrático de Direito,[8] ela tende – ou deve tender – igualmente

à noção de Estado. (...) Existe uma segunda acepção do termo governo mais própria da realidade do Estado moderno, a qual não se indica apenas o conjunto de pessoas que detêm o poder de Governo, mas o complexo dos órgãos que institucionalmente têm o exercício do poder. Nesse sentido, o Governo constitui um aspecto do Estado" (in: BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 2004, p. 553).

8. O *Estado Democrático de Direito* (ou de direito democrático) congrega duas ordens de idéias: o *Estado de direito*, cuja expressão jurídico-constitucional se compõe de um complexo de normas, que no conjunto concretizam a idéia nuclear de *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança; e *Estado democrático*, a indicar que a *legitimidade* do domínio político e a *legitimação* do exercício do poder radicam na soberania popular e na vontade popular (nesse sentido, CANOTILHO, 2002, p. 230). Mais especificamente, segundo Gomes Canotilho (2002, p. 256 e ss), o Estado de direito se concretiza por certos subprincípios, quais sejam: o princípio da legalidade da administração; os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos; o princípio da proibição de excesso; e o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais. O princípio democrático, por sua vez, é mais do que um *método* ou *técnica* de escolha de governantes, pois, considerado nos seus vários aspectos político, econômicos, sociais e culturais, ele aspira a ser o *impulso dirigente* de uma sociedade (2002, p. 288). Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 119): "A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas o supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1.º da CF/1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando", com

à Democracia e ao Direito, vinculando-se aos seus princípios e regras. Essa vinculação da Polícia ao Estado Democrático de Direito decorre de sua inserção como órgão da Administração Pública e como tal se vincula aos princípios fundamentais da Constituição da República (arts. 1.º a 4.º).[9]

Referindo-se a essa relação, entre Polícia e Democracia, Herman Goldstein considera que: "Em uma sociedade livre, pela natureza estrita de suas funções, a polícia é uma anomalia. É investida de uma enorme autoridade, em um sistema de governo em que a autoridade é relutantemente concedida e, quando isso acontece, é logo reduzida. A forma específica da autoridade policial – prender, investigar, deter e usar a força – é apavorante, no sentido de que pode desagregar a liberdade, invadir a privacidade e, de uma forma rápida e direta, causar forte impacto sobre os indivíduos" (2003, p. 13). No entanto, o próprio Herman Goldstein admite que: "Ainda assim, apesar de sua posição anômala, para manter o grau de ordem que torna possível uma sociedade livre, a democracia depende de maneira decisiva da força policial."[10] Tal constatação demonstra o caráter paradoxal da natureza da Polícia, que a torna uma das instituições mais incompreendidas da sociedade, a exigir uma análise mais crítica sobre a sua atuação.[11]

base expressamente nos seguintes fundamentos normativos: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político.

9. Mais expressamente, por decorrência de normas relativas ao controle externo da Polícia pelo Ministério Público, colhe-se a mesma idéia na LC 75, de 20.05.1993, cujo art. 3.º, alínea *a* assim dispõe: "O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: *o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito* [grifo nosso], aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei."
10. E acrescenta: "Apesar das responsabilidades que a polícia possui em uma sociedade livre, é irônico que nós, como nação, tenhamos dado tão pouca atenção – contínua e de forma positiva – às suas necessidade para levar seu trabalho a cabo" (idem, ibidem).
11. Nesse sentido, cf. WILSON, 1996, p. 582: "Quer em referência à função de manter o controle social na sociedade (policiamento) ou à instituição estabelecida para executar essa função (a política) estamos lidando com uma questão complexa, controversa e sumamente emocional". Em sentido aproximado, cf. MONET, 2002, p. 15: "Visível e, no entanto, desconhecida, familiar e, todavia, estranha, protetora, e apesar de tudo, inquietante:

Ora, a partir dessa concepção, é necessário que a Polícia estabeleça diretrizes para orientação de sua atividade considerando os valores fundamentais da sociedade a que serve, buscando critérios que lhe permitam agir dentro de limites permitidos. Trata-se, em última análise, de fundar uma *nova polícia*,[12] diversa de como concebida corriqueiramente, a partir de um novo paradigma, sob a perspectiva dos direitos humanos, para constituir-se uma *polícia democrática e cidadã*.[13] Entre as várias questões que concernem ao estudo da Polícia, incluindo todas aquelas relativas à "tridimensionalidade" já referida, aqui nos interessa apenas a perspectiva da relação entre Polícia e Sociedade, em específico no que respeita à questão dos direitos do homem, visando identificar os valores e princípios que devem orientar a atividade policial na consecução de seus fins, para estabelecer um *estatuto deontológico de atuação da Polícia*.[14]

a polícia inspira nos cidadãos das democracias modernas sentimentos ambíguos, resumidos nessas três oposições". Ainda, também BITTNER, 2002, p. 219: "Entre as instituições do governo moderno, a polícia ocupa um aposição que desperta interesse especial: ela é, ao mesmo tempo, a mais conhecida e a menos compreendida de todas elas."

12. A expressão "nova polícia" costuma associar-se à idéia de novas técnicas de combate à criminalidade. Nesse sentido, cf. Bayley & Skolnick, 2002. No entanto, ao indicar os requisitos para o sucesso da inovação, os autores expressamente admitem que: "*A inovação tem pouca probabilidade de ocorrer sem o apoio do público*" (p. 236), o que somente se concretiza quando a Sociedade adquire confiança na Polícia, na medida em que os direitos humanos são respeitados.

13. Não se trata de minimizar a atividade policial, reduzindo-a à questão dos direitos humanos, mas de estabelecer parâmetros de uma atuação que sempre poderá ser potencializada (por métodos vários) desde que respeite os limites intransponíveis dos direitos do homem. Assim, sob outra perspectiva, a atividade policial merece ser estudada e aprofundada, com vistas ao desenvolvimento de tecnologias dirigidas ao combate da criminalidade, mas sempre em consonância com o referido estatuto deontológico de atuação. O que se observa, verdadeiramente, é que a atuação com observância dos direitos humanos implica necessariamente numa redução das possibilidades da Polícia, no campo de técnicas disponíveis, o que tem por conseqüência exigir da Polícia o desenvolvimento de conhecimentos cada vez mais apurados, em detrimento do uso da força cada vez mais restrito. Isso torna a Polícia mais científica, por conseguinte mais cidadã.

14. Um *estatuto deontológico policial* não se restringe, evidentemente, ao respeito aos direitos humanos, pois há que se observar outros preceitos relativos à

A análise da atuação policial, com referência aos direitos humanos, se mostra excessivamente relevante, considerando que é da essência da atividade policial resultar sempre em uma ofensa a direitos, embora dentro de um âmbito de limitação legalmente permitida, o que exige maior acuidade no tratamento da questão. Noutras palavras, é da essência da Polícia atuar naquele âmbito de proteção dos direitos humanos, que foi relativizado pela lei visando à consecução de objetivos de interesse coletivo. Isso, por si, torna a questão especialmente sensível, a exigir parâmetros claros de atuação da Polícia. Em síntese, toda atuação policial, por mais perfeita e correta que seja, implicará numa ofensa a direitos (autorizada legalmente), mas somente aquelas ações orientadas por respeito e proteção dos direitos humanos (verdadeiro imperativo ético de ordem internacional) poderão receber votos de legitimidade. Assim, segundo pensamos, uma teorização da atividade policial passa necessariamente pelo tema da limitação aos direitos fundamentais.

2. Os fins da polícia

Embora se admita que "a função da polícia é incrivelmente complexa", a função que mais facilmente transparece e congrega todas as outras é aquela em que a Polícia se apresenta como "degrau do sistema de justiça criminal" (cf. Goldstein, 2003, p. 37). De fato, "o alcance das responsabilidades policiais é extraordinariamente amplo. Muitas de suas incumbências estão tão interligadas que parece impossível separá-las. E os numerosos conflitos entre os diferentes aspectos da função não conseguem ser facilmente reconciliáveis" (idem, ibidem). Segundo observação de Herman Goldstein: "A prática policial é altamente dependente do sistema de justiça criminal e relaciona-se quase que inextricavelmente com suas operações – o processo de prisão, a instauração do inquérito, o julgamento, a sentença, o encarceramento ou suspensão condicional da pena e o livramento condicional –, sendo óbvio, segundo esse sistema, o papel integral da polícia na citação de suspeitos" (2003, p. 37).[15]

prestação do serviço público em geral, à probidade administrativa e todas as questões que concernem à ética profissional, mas os direitos humanos, segundo entendemos, ocupa lugar de destaque e preeminência pela aptidão que tem para orientar outros tantos deveres do policial.

15. "O que é menos reconhecido é o fato de o sistema ser o principal meio possível para a polícia poder agir em situações das mais diversas. Para muitas dessas situações, o sistema é claramente inapropriado e, mesmo

Não obstante as diversas funções da Polícia, Egon Bittner entende que "a capacidade policial em usar força coercitiva dá uma unidade temática a toda a atividade da corporação" (apud Goldstein, 2003, p. 45). Segundo suas palavras:

"Qualquer que seja a natureza da tarefa em questão, se ela envolve proteção contra uma imposição indesejada, ou cuidar daqueles que não conseguem sozinhos, ou tentar resolver um crime, ou ajudar a salvar uma vida, ou acabar com um aborrecimento, ou resolver uma briga explosiva, a intervenção policial significa, acima de tudo, fazer uso da capacidade e da autoridade para superar a resistência a uma solução tentada no *habitat* natural do problema" (idem, ibidem).

Tal constatação de Bittner, contudo, embora parcialmente correta, sob certos aspectos, mais responde sobre os meios da Polícia que sobre seus diversos fins, dispersando a resposta sobre um ponto importante na teorização da atividade policial, que é antes uma questão de valor que de ação, cuja multiplicidade requer um princípio integrador a dirigir a atuação da Polícia aos fins esperados pela Sociedade, o que se conecta com o problema da legitimação da atividade policial.

Nesse sentido, melhor partir da idéia que se firmou no art. 12 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja redação já previa que "a garantia dos direitos dos homens e do cidadão necessita de uma *força pública* (...)", de tal forma que é possível afirmar ser a Polícia

quando é adequado, muitas vezes sua aplicação é ineficaz. Mas, na ausência de alternativas, o sistema de justiça criminal acaba sendo utilizado e, para que as coisas possam funcionar, várias vezes seu uso é distorcido. É compreensível que, mesmo se estiver envolvida apenas a autoridade para dar uma ordem de prisão, a necessidade de utilizar o sistema de justiça criminal vai conferir aos incidentes em que isso ocorre uma miríade de conseqüências que são comumente associadas a uma transgressão penal. Isto acarreta uma série de problemas para a pessoa em questão, para a polícia e para o próprio sistema de justiça" (Goldstein, 2003, p. 38). Além disso, acrescente-se o fato de o "direito de polícia" não ser devidamente delimitado pela legislação e detalhado efetivamente em suas particularidades, para permitir à Polícia agir por critérios seguros de atuação (para o cidadão) e sem risco de responsabilidade (para o policial), permanecendo muitas questões a serem resolvidas pela jurisprudência dos tribunais (cf. nesse sentido, Ferrajoli, 2002, p. 617, no qual faz crítica à negligência da ciência jurídica sobre o direito de polícia).

atualmente essa força pública instituída para a garantia dos direitos do cidadão,[16] não para garantia do Estado.

No mesmo sentido, seguindo essa idéia e referindo-se à *Declaração sobre a Polícia* adotada pela *Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa* (Res. 690/1979):

"Os membros das forças de polícia estão a serviço da sociedade antes de estar a serviço do governo ou do aparelho judiciário (...) Esta concepção da função e do papel da polícia é típica do Estado baseado no direito: por um lado, ela obriga os membros das forças policiais a agir, no exercício de suas funções, de acordo com a lei e a não aceitar qualquer ordem que pudesse revelar-se abusiva ou ilegal; por outro lado, ela impõe aos responsáveis pela ação policial um quadro legal estrito, no qual a execução de uma ordem contrária ao direito não é assegurada" (Bolle apud Delmas-Marty, 2004, p. 110).

A partir daqui, podemos então fundar um primeiro princípio (do referido estatuto deontológico de atuação da Polícia), qual seja: *o princípio da proteção e prevalência dos direitos humanos.*

2.1 *Princípio da prevalência dos direitos humanos*[17]

Sob uma perspectiva ampla, o fim precípuo da Polícia em uma sociedade democrática é a proteção dos direitos humanos, podendo este ser considerando o princípio primeiro de todo um conjunto de regras da atividade policial. Na República Federativa do Brasil, decorre esse princípio do fundamento propugnado pela CF/1988, art. 1.º, III, pois a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito; além disso, emerge expressamente como princípio que deve reger a República Federativa em suas relações internacionais (CF/1988, art. 4.º, II).

16. Nesse sentido, cf. Molina, Gárcia-Pablos de, 1991, p. 49, para quem "la legitimación última de la función policial em um Estado social de derecho no puede ser otra que la defensa de los intereses comunitários."

17. Sem descer às controvérsias existentes na doutrina, seguindo entendimento majoritário, para nós "direitos humanos" se referem àqueles direitos previstos em tratados internacionais que, ao serem absorvidos pela positivação da Constituição política de um Estado, tornam-se fundamentais (direitos humanos fundamentais). Cf. a respeito da terminologia: Canotilho, 2002, p. 393; Sarlet, 2004, p. 33; Dimoulius, Martins, 2006, 52.

É sem dúvida o cumprimento desse princípio que pode conferir à Polícia as qualidades democrática e cidadã, na medida em que a põe em conformidade com os parâmetros fundamentais de nossa organização sociopolítica. Esse princípio, ademais, dispõe de uma dimensão universal, pois possui o reconhecimento internacional alcançado pelo consenso das Nações Unidas, segundo se pode colher dos "considerandos" do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.[18]

Tal concepção, ademais, está de acordo com a idéia veiculada pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos, das Nações Unidas, através do "Manual de Capacitação em Direitos Humanos para a Polícia", no qual contém a seguinte observação:

"(...) el mandato de la policía en las democracias modernas es proteger los derechos humanos, defender las libertades fundamentales y mantener el orden público mediante políticas y prácticas que sean lícita, humanitárias e disciplinadas."

Tal é a preeminência desse princípio que, mesmo diante das demais finalidades da Polícia nas sociedades democráticas – como a manutenção da ordem pública e bem-estar coletivo –, somente com base na proteção de outros direitos humanos pode-se justificar a intervenção a direitos e

18. "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mis alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (...)."

liberdades, legitimando assim uma restrição necessária. Nesse sentido, já a Declaração Universal previa em seu art. 24 (após observar que toda pessoa tem deveres para com a comunidade) a seguinte advertência, no item 2 (grifo nossos):

"No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, *exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos* e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."

3. Os meios da polícia

Embora se admita que "todo Estado se fundamenta na força (...), a violência não é o único instrumento de que se vale o Estado (...), mas o seu instrumento específico" (Weber, 2008, p. 60). Paulo Bonavides, a respeito dessa observação, explica que: "O estado moderno racionalizou, porém, o emprego da violência, ao mesmo passo que o fez legítimo" (2004, p. 65), e tal racionalização se concretizou mediante a expressão do Direito.[19] Em razão disso, justifica-se aplicar a expressão "uso da força física legítima", em substituição ao tempo "violência", devido à semântica negativa que esta carrega. Sobe essa perspectiva, observa-se que à Polícia, como expressão do Estado, a força física é instrumento específico que se permite usar, em situações excepcionais apenas, não como instrumento de uso obrigatório em toda e qualquer circunstância, pois há outros meios igualmente aptos a resolver os problemas que se colocam no cotidiano da atividade policial.[20]

19. O Estado de Direito, segundo Böckenford, é o "que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos", tendo por objetivos a garantia da liberdade e segurança das pessoas e da propriedade, mediante organização e regulação de suas atividades por princípios racionais, como reconhecimento de direitos fundamentais ao homem (especialmente liberdade, igualdade e propriedade), independência dos juízes, governo responsável, existência de representação popular no Poder Legislativo e *o domínio da lei* (nesse sentido, cf. Mendes, Coelho e Branco, p. 34 e ss.).

20. Para citar alguns exemplos, admite-se como razoável que a Polícia, diante de uma ordem judicial de desobstrução de rodovia tomada por movimento de sem-terra, *podendo* fazer uso legítimo da força, não é obrigada a desde o início e necessariamente a recorrer à força física, podendo iniciar com outros meios disponíveis, evoluindo conforme a necessidade, tendo como ponto de

Ao nos referirmos aos meios da Polícia, nesse sentido, contudo, não estamos a falar de seus métodos práticos e suas técnicas operacionais, mas dos instrumentos que põem à disposição da Polícia autorizações legais que legitimam ações cujo resultado implica inevitavelmente intervenção no âmbito de proteção de direitos fundamentais.[21] Nesse sentido é que podemos nos referir ao princípio da legalidade.[22]

3.1 O princípio da legalidade "reforçada"

A possibilidade de restrições aos direitos humanos, sempre devidamente justificadas com base na proteção de outros direitos, remete-nos ao parâmetro da legalidade, como sendo o *meio necessário* pelo qual o Estado de Direito pode praticar intervenções no âmbito de proteção dos direitos humanos. Esse parâmetro, como visto, já estava previsto expressamente na Declaração Universal ao estabelecer que "toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei" (cf. art. 14 supra). Esse artigo da Declaração Universal contém em si duas assertivas: primeiro, que não há direito fundamental que não possa ser limitado;[23]

partida um diálogo com o chefe do grupo, apresentando argumentos para que ele se retire do local; a técnica se observa igualmente no gerenciamento de crise, em caso seqüestro com reféns, em que a invasão da Polícia com possibilidade de extermínio do agressor é a ultima medida após outras como corte de água, luz e alimentação do local, negociação das exigências do agressor entre outras medidas desde e até quando não se ponha em risco a vida da vítima.

21. Segundo a doutrina, "âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir com objeto de proteção especial, ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 284). Geralmente, para bem se delimitar esse âmbito, exige-se: "a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas leais de índole restritiva*" (idem, p. 286).
22. A referência à "instrumentalidade legal" como meio da Polícia se apresenta de forma mais clara naquelas medidas em que somente mediante autorização judiciária se pode proceder, como ocorre com a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo bancário e fiscal, todos com conseqüências mais evidentes nos direitos fundamentais.
23. Nesse ponto, a doutrina costuma se referir à tese da relatividade de todos os direitos, o que, fundamentado na proteção de outros direitos, costuma

segundo, que essa limitação se submete à reserva da lei,[24] do que emerge a importância do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, assim, consiste no meio pelo qual se autorizam atos à Administração Pública, que se encontra vinculada à vontade geral da sociedade representada pelas decisões do Poder Legislativo. Nesse ponto é que se observa a natureza da Polícia como órgão da Administração Pública, submetida a todos os princípios estabelecidos na Constituição da República (art. 37, *caput*, incs. e parágrafos), dentre os quais se evidencia a legalidade. E sob esse aspecto, a legalidade se apresenta como o requisito necessário para a atuação da Polícia e constitui, mais que mera autorização, verdadeiro "mandado legal" que transmuta o "poder de polícia" em verdadeiro "dever de polícia".[25]

No entanto, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, apesar da relevância observada no princípio, constata-se que a legalidade é apenas um requisito *necessário*, mas não *suficiente* de atuação, em virtude dos seguintes problemas: a) existência de normas oriundas de Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos (3.2); b) insuficiência legal para prever todas as hipóteses de conflito (3.3); c) caráter puramente formal da lei e a proibição de excesso (3.4). Esses problemas nos abrem algumas questões que passamos a tratar nos itens seguintes. Através dessas questões é que se agregam ao princípio da legalidade certos elementos que o *reforçam*, tanto pela ampliação de normas oriundas de sistemas internacionais, como pela absorção de critérios materiais que podem orientar a aplicação da lei.

3.2 *Os sistemas internacionais de direitos humanos*

Embora o princípio da legalidade, pelo seu caráter nacional e interno, não contenha referência expressa às normas oriundas dos Sistemas Internacionais de Proteção Direitos Humanos, elas devem ser consideradas na atuação policial, pois integram o Sistema Nacional por decorrência de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico,

ser denominado de "máxima da cedência recíproca" (cf. nesse sentido, DIMOULIUS, MARTINS, 2007, p. 18).

24. A doutrina, no entanto, vem admitindo que, no caso de colisão de direitos, a limitação não se submete à reserva legal (cf. nesse sentido, MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 303).

25. Por esses e outros motivos, cf. críticas à terminologia feita por Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 788 e ss.).

sobretudo por incidência do § 2.º art. 5.º da CF/1988,[26] conferindo-lhes força de lei, com status de lei ordinária,[27] bem como pela possibilidade de alcançar status de norma constitucional, por incidência do § 3.º do artigo referido.[28]

Seguindo essa compreensão, é possível aceitar que o cumprimento da legalidade formalmente considerada, sem observância de tratados de direitos humanos, apenas asseguraria ao agente a irresponsabilidade no âmbito de um ordenamento jurídico interno, mas não o eximiria de responsabilidade no âmbito internacional, se aquela legalidade implicar ofensa injustificada a direitos humanos, sobretudo ante o Tribunal Penal Internacional, para os casos que lhe compete julgar, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.[29] E mesmo nos casos em que o agente individualmente não seja alcançado pela responsabilização internacional, o Estado o será necessariamente, do que resulta a obrigatoriedade de a legalidade interna ser dimensionada, sob a perspectiva das demais normas de proteção dos direitos humanos oriundas de sistemas internacionais, com o que podemos dizer que a legalidade deve ser "reforçada".[30]

26. "Os direitos e garantias expresso nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*" (grifo nosso).
27. Segundo jurisprudência majoritária do STF, embora pelo sistema do § 2.º do art. 5.º, defenda-se que os tratados de direitos humanos teriam *status* de norma materialmente constitucional.
28. Com redação dada pela EC 45/2004, dispõe que: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", formalmente, nesse caso, à vista da materialidade constitucional preexistente pelo sistema do § 2.º.
29. Cf. CF/1988, art. 5.º, § 4.º, que expressamente dispõe: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão", o que se concretizou pelo Dec. 4.388, de 25.09.2002. Conste-se que, segundo o Estatuto de Roma: "A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto", em específico para crimes de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e crime de agressão, todos tipificados nos arts. 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto, à exceção do crime de agressão.
30. Sob essa perspectiva, justifica-se a adoção da teoria (*pro homine*) que defende a relação coordenativa entre o sistema nacional e os sistemas

Essa deve ser a atual e melhor compreensão do princípio da legalidade, no âmbito dos direitos humanos, de tal forma que deve ele se abrir às perspectivas da sociedade mundial, comunicando-se com normas de natureza internacional, como tratados, pactos e convenções.[31]

Nesse ponto, portanto, ao se falar no princípio da legalidade, como parâmetro de atuação da Polícia frente aos direitos humanos, deve-se levar em conta um catálogo relativamente amplo de normas que abrangem não somente um sistema nacional de normas de proteção (Constituição, leis e normas infralegais), como também todas aquelas de origem internacional, tanto as que decorrem do sistema internacional, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), como as que decorrem do sistema regional americano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Assim, partindo do sistema global para o regional americano, e considerando que além do direito interno há hoje um verdadeiro *Direito Internacional dos Direitos Humanos*,[32] podem-se arrolar as seguintes normas de proteção e interesse dos direitos humanos, que devem servir

internacionais, sempre se aplicando aquela norma que mais aproveite aos direitos humanos.

31. Na interação entre direito internacional e direito interno, duas teorias procuram explicar como um tratado penetra na ordem jurídica interna. *A teoria dualista*, defendida por Triepel, entende que há uma separação radical entre as ordens jurídicas externa e interna, havendo necessidade de uma lei interna que reproduza os termos do tratado para que tenha validade interna. *A teoria monista*, propugnada por Kelsen, defende que as ordens jurídicas externa e interna formam um todo único, pois o tratado obriga o Estado, e portanto seus "súditos" também. Dentro dessa teoria, há os internacionalistas que entendem prevalecer a norma internacional, e os nacionalistas, que entendem prevalecer as normas internas. No Brasil, os tratados ingressam por decreto legislativo (CF/1988, art. 49, I), após ser firmado pelo Presidente da República (art. 84, VIII). Após a aprovação do legislativo, o tratado é ratificado pelo Executivo, que o promulga por decreto presidencial. Não é necessária a edição de lei-espelho. O tratado é adotado como parte do decreto, com ressalvas se permitidas. O Brasil adota a teoria monista, portanto (nesse sentido, cf. Mazzuoli, 2006).

32. Por *direito internacional dos direitos humanos* se entende a "disciplina encarregada de estudar o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, onde são estipulados o comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir dos governos" (José Antonio Rivera Santivañez apud Mazzuoli, 2006, p. 487).

de *parâmetro deontológico da atuação policial*, sem ser exaustivo quanto à relação e sem descer a detalhamentos de conteúdo.[33]

Quadro

Sistema Global	
Declaração Universal de Direitos Humanos	Adota e proclamada pela Res. 217, 3.ª Seção Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10.12.1948. Embora não seja tecnicamente tratado internacional é reconhecido internacionalmente como direito costumeiro internacional.
Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	Adotado pela Res. 2.200-A (XXI), na XXI Seção da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Brasil e promulgado através do Dec. 592, de 06.07.1992.
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	Adotada pela Res. 39/1946, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984. Aprovado pelo Brasil e promulgado através do Dec. 40, de 15.12.1991.
Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	Concluído em Manágua aos 09.06.1993. Entrou em vigor internacional em 12/04/1996. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 293, de 12.07.2006 e promulgado pelo Decreto 5.919, de 03.10.2006.
Código de conduta para funcionários encarregados de fazer cumprir a lei	Aprovado em dezembro de 1979 pela Assembléia Geral da ONU, compõe-se de oito artigos fundamentais, acompanhados de um comentário detalhado, em que se estabelecem responsabilidades concretas dos agentes com relação à proteção dos direitos humanos, ao uso da força, a corrupção e o respeito à lei. É um parâmetro básico pelo qual a comunidade internacional mede a conduta da polícia, civil ou militar, uniformizada ou não.

33. Aqui, sem descartar outras tantas que se referem aos direitos humanos, limitamo-nos a normas que interessam mais diretamente à atuação policial.

Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo	Adotados pelo Oitavo Congresso das nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em 1990. Os princípios têm em conta o caráter freqüentemente perigoso da atividade policial e assinalam que a ameaça à vida e segurança dos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei deve considerar-ser com uma ameaça à estabilidade de toda sociedade. Além disso, são ditadas normas estritas sobre o uso da força e das armas de fogo pela polícia
a) Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão; b) Regras mínimas para o tratamento dos reclusos; c) Princípios básicos para o tratamento dos reclusos.	Esses três instrumentos oferecem um regime amplo para a proteção das pessoas que se encontram detidas ou encarceradas. O primeiro foi adotado pela Assembléia Geral em dezembro de 1988; o segundo foi adotado pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, celebrado em Genebra em 1955; o terceiro, adotados pela Assembléia Geral em dezembro de 1990.
Sistema Regional Americano	
Convenção Americana sobre Direitos Humanos	Adotada e aberta à assinatura na conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969, entrando em vigor em 18.07.1978. Publicado no Brasil através do Dec. 678, de 06.11.1992.
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura	Adota e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia). Ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

Além da incorporação das normas internacionais, segundo o sistema dos §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da CF/1988, o ordenamento jurídico nacional dispõe de normas internas próprias que em boa parte reafirmam os direitos humanos, conferindo-lhes fundamentação constitucional e garantias jurídicas, a partir do Título II da CF/1988, e disciplinando certos assuntos por legislação ordinária e decretos, a exemplo das Leis

4.878, de 03.12.1965;[34] 4.898, de 09.12.1965[35] e 9.455, de 07.04.1997;[36] e dos Decretos 1.904, de 13.05.1996[37] e 6.049, de 27.02.2007.[38]

No âmbito administrativo da Polícia, em específico, há ainda normas regulamentares que dispõem sobre critérios de atuação com atenção aos direitos humanos, em certos assuntos, a exemplo da IN 11/2001-DG/DPF, que "atualiza, define e consolida as normas operacionais para a execução da atividade de Polícia Judiciária no âmbito do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências", cujo Capítulo VII dispõe sobre providências a serem tomadas com relação ao preso em flagrante, encontrando-se no item 113 as "medidas necessárias à preservação da integridade física e moral do preso".

3.3 A insuficiência legislativa e o problema da colisão de direitos

Por mais normas que possam existir, com referência a direitos humanos, em virtude da falibilidade normal do Legislador, a lei não prevê, nem teria como prever, todas as hipóteses de conflito com direitos humanos, ou mesmo certas particularidades do conflito que somente se apresentam no cotidiano da atividade estatal, com especial atenção para a policial. De início, deve-se recordar que as autorizações legais, que permitem ao Legislador intervir no âmbito de proteção de direitos fundamentais, justificam-se e se orientam justamente pelo objetivo de proteção de outros direitos fundamentais (segundo a Declaração Universal, art. 24), o que em síntese implica um objetivo de prevenir conflitos. Daí porque a doutrina já defende que: "A configuração de uma colisão poderia legitimar, assim, estabelecimento de restrição a um direito não submetido a reserva legal expressa" (Mendes, Coelho e Branco, 2007, p. 303).[39]

34. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal.
35. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.
36. Define os crimes de tortura e dá outras providências.
37. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I), revogado pelo Dec. 4.229, de 13.05.2002, que instituiu o PNDH II.
38. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal, contendo no Título VI um "regime disciplinar ordinário", com direitos, deveres e regras de disciplina, entre outras disposições com referência a direitos humanos do preso.
39. O entendimento da doutrina aqui se fundamenta em decisão da Corte Constitucional alemã que assim se pronunciou sobre o tema: "Apenas a

Nesses termos, o Legislador estaria autorizado a restringir direito independente de haver reserva legal expressa, valendo-se da autorização geral contida no art. 5.°, II, da CRFB ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"). A questão que se coloca, no entanto, é sobre a possibilidade de a Polícia, como administração pública, agir sem expressa previsão legal, diante de colisão de direitos.

3.3.1 A colisão de direitos e alguns critérios de solução

Em princípio, "há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular" (Steinmetz apud Dimoulis e Martins, 2007, p. 170), o que pode surgir mesmo diante de uma legislação existente para o caso em que há duas normas protegendo os bens em conflito. Para tais problemas, a doutrina e a jurisprudência têm adotado certos critérios de solução, geralmente concluindo por um juízo de ponderação,[40] baseado na prevalência de um direito, seguido do mínimo sacrifício necessário do outro.[41]

colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal" (apud MENDES, COELHO e BRANCO, p. 303), o que, embora se trate de jurisprudência estrangeira, não diz respeito a casos particulares e exclusivos do país de origem.

40. A *ponderação*, assim como a *concordância prática* e a *proibição de excesso*, é um postulado inespecífico que se aplica independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento, pois não indica como deve haver harmonização entre eles (cf. nesse sentido, ÁVILA, 2006, p. 129) e ss. Assim, a *ponderação de interesses* "consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam" (ÁVILA, 2006, 131), como bens jurídicos, interesses, valores e princípios. Bens jurídicos são situações, estados ou propriedades; interesses são os bens com vinculação a algum sujeito; valores são os aspectos axiológicos das normas que indicam que algo é bom; princípios representam o aspecto deontológico dos valores, que determinam os fins a serem promovidos.

41. O que implica uma concordância prática, que se pode definir como "dever de realização máxima de valores que se imbricam" (ÁVILA, 2006, 133); é o dever de harmonizar os valores e bens, visando a proteção máxima dos direitos envolvidos. Deve-se realizar uma *síntese dialética*.

Nesse sentido, igualmente, deve se orientar a atividade policial, diante de uma colisão dessa natureza.[42]

Apresentando alguns critérios específicos, para solução de conflitos, Mendes, Branco e Coelho se referem à "fórmula de Dürig", para quem "valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material" (2007, p. 334), o que se legitima sob a perspectiva dos direitos humanos, com prevalência da dignidade da pessoa humana, como valor fundamental de um sistema jurídico. Essa fórmula tem nítida natureza de ponderação. Sob outro aspecto, contudo, Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 335) falam em "restrição imanente" para os casos de colisão entre direitos individuais, ou entre estes e bens tutelados constitucionalmente, pontuando que o recurso à concordância prática tem sempre a vantagem de não impor uma limitação *a priori*, o que sempre submeteria um direito a outro, devendo a questão se resolver no âmbito de uma interpretação sistemática do sistema, permitindo-se ao Legislador impor restrições a direitos ainda quando não submetidos a reserva legal.[43]

Mas como ficaria a Polícia, como Administração Pública, diante daqueles conflitos não legislados, em que por uma interpretação se confere a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente pela Constituição? A questão se torna fácil quando em relação ao exercício de um direito, há um abuso tal a ponto de configurar-se algum crime, com o que estaria a Polícia autorizada a intervir, por disposição indireta de normas de tipificação criminal. No entanto, a questão que se coloca, mais especificamente ainda, é quando não houver nenhuma norma dessa natureza, sobretudo naqueles casos em que o direito exercido conflita com princípios e regras gerais de interesse coletivo. Nesse ponto, parece-nos que, assim como ao Judiciário se confere a possibilidade e extrair

42. Segundo MENDES, COELHO e BRANCO (2007, p. 331 e ss.), a colisão tanto pode decorrer do exercício de direitos individuais por titulares diferentes, como do conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos de interesse coletivo, envolvendo aí fundamentos e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. Assim, a Polícia deve ponderar o interesse coletivo, subjacente em toda ação policial, e os direitos individuais que se vêem em colisão na prática de um delito.

43. Na doutrina, fica em aberto, contudo, "se tais restrições podem ser identificadas apenas pelo legislador ou se também pela Administração e pelo Judiciário", mas em todo caso, "isso não significa que, constatado o conflito, deva a questão permanecer irresolvida" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, 335).

mandados de ação de normas mais gerais (princípios), à Polícia como órgão da Administração Pública, vinculada ao Executivo, também se admite recorrer aos mandados normativos mais gerais para solucionar um problema que se coloca de imediato sem possibilidade de protelar uma solução, ficando, é claro, sempre ao Judiciário aquele poder de controle dos atos da administração, em caso de lesão indevida.

Em relação à *ponderação*, no caso específico da atuação policial, é importante ainda considerar que o agente de polícia, além do dever de se preocupar com as conseqüências de sua ação perante o cidadão, deve modelar suas ações para que não se veja posto em situação de perigo para si mesmo, o que deve ser igualmente ponderado. Nesse ponto, o policial deve ter em mente que também a sua vida, também os seus direitos, devem ser ponderados com os demais no momento de sua atuação, a ponto de se lhe permitir tomar decisões que possam resultar em ofensa a direito de outrem.[44]

3.4 O "princípio da proibição de excesso" diante do caráter puramente formal da legalidade

Outra questão que se coloca no exercício da função policial, segundo os ditames do princípio da legalidade, é o caráter puramente formal da lei que não se refere ao conteúdo de certos conceitos, a exigir que se estabeleçam critérios de aplicação, e mesmo antes disso, que se estabeleçam até critérios de formulação legal de disposições normativas,[45] pois a história se incumbiu de demonstrar que a legalidade, por

44. Nesse ponto, pode ocorrer uma "virada de excludente de ilicitude", considerando que "o estrito cumprimento do dever legal" não legitima certas ofensas extremas, sendo possível apenas a título de "legítima defesa", quando se põem em conflito bens de igual valor, o que será por fim o fundamento da ação do agente de polícia; mas mesmo nesse caso, além da proporcionalidade da ação, mais evidenciada na lei, deve-se observar ainda a necessidade da ação, quando outra seria possível e igualmente adequada, o que nos remete para uma maior especialização de critérios de atuação.

45. A questão se coloca de início também ao legislador, a quem se permite restringir direitos, desde que por meio de lei, mas sob esse aspecto, já se firmou o entendimento de que não tem o legislador discricionariedade ilimitada no seu *poder de conformação*, podendo haver *controle substancial* de constitucionalidade das leis, o que se tem feito mediante uso do princípio da proporcionalidade, visando, entre outros objetivos, á proteção do *núcleo essencial* dos direitos. Cf. nesse sentido, MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 304 e ss.

si só, não foi capaz de deter a barbárie do holocausto,[46] assim como não serviu de legitimação de suas ações que se viram julgadas por tribunal internacional.[47]

Assim, considerando essa limitação do princípio da legalidade, a doutrina costuma referir-se a uma distinção entre legalidade formal e legalidade material, com referência a conteúdos legais,[48] e sob esse argumento, observa-se, é que o Judiciário tem exercido o controle de certos atos legislativos, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.[49]

46. A respeito desse evento histórico, aliás, encontra-se um "considerando" da Declaração Universal de Direitos Humanos, ao dizer que "o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade", quando então se propugna por normas de sobre direito capazes de conterem inclusive a legislação interna dos países, com base em princípios e valores de uma ética comum à humanidade, fundada na dignidade da pessoa humana e em direitos inerentes. Nesse sentido, Richard B. Bilder: "Muitos dos direitos que hoje constam do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdade fundamentais deveria ser uma dos principiais propósitos da Organização das Nações Unidas" (apud PIOVESAN, 2007, p. 6).

47. Sobre o Tribunal de Nuremberg, cf. PIOVESAN, 2006, p. 33 e ss. "O julgamento do Tribunal de Nuremberg consolidou o entendimento de que, tal como Estados, indivíduos poderiam ser sujeitos de Direito Internacional. (...) A condenação criminal do indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo fundamentou-se, assim, na violação de costumes internacionais, ainda que muita polêmica tenha surgido em torno da alegação de que afronta ao princípio da anterioridade da lei penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos" (p. 37).

48. Ou entre "mera legalidade" e "legalidade estrita", para referir-se a legitimação formal e legitimação material da lei. Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 305 e ss., para quem o princípio da mera legalidade se refere às condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, ao passo que o princípio da estrita legalidade tem sido associado a uma metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações.

49. Assim, nesse sentido: "cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (...), isto em, de se proceder à censura sobre a adequação

Dessa forma, para a atividade policial, a lei não pode nunca representar um requisito *necessário e suficiente*, de tal modo que as autorizações legais se apresentem como mandados vazios de conteúdo, a admitir qualquer ação que se adapte ao formato da lei, mas somente aquelas que sejam capazes de manter a finalidade da lei e os princípios e valores que a animam.[50] Deve-se, portanto, sempre ter em mente aquele fim precípuo da Polícia. Daí porque, o princípio anterior (da proteção aos direitos humanos) encontra-se em lugar de preeminência, a determinar o conteúdo das disposições legais e, em ultima análise, a direção da aplicação da lei.

Nesse ponto, o princípio da *proibição de excesso* se conecta com o problema, na medida em que oferece critérios razoáveis que visam assegura o conteúdo substancial das leis, podendo orientar o exercício da função policial.

3.4.1 A proibição de excesso e a proibição por defeito

Apesar de o princípio da proibição de excesso atualmente ser utilizado como "limite constitucional à liberdade de conformação do legislador" (nesse sentido, cf. Canotilho, 2002, p. 272), e se tenha estendido ao controle de todas as atividades do Estado, defende-se que o princípio surgiu inicialmente no direito de polícia para depois impregnar todo direito publico.[51] No entanto, atualmente esse princípio se aplica como limite não somente à administração, mas também à legislação e à jurisdição.

Segundo Gomes Canotilho, para quem o princípio é um dos subprincípios concretizadores do Estado de direito, além de ser o mesmo

(...) e a necessidade (...) do ato legislativo" (MENDES, COELHO e BRANCO 2007, p. 311).

50. Por esse motivo, já a Declaração Universal prescrevia em seu art. 30 que: "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecido."

51. Cf. nesse sentido, González-Cuellar Serrano apud VIAL, 1998, p. 30. Segundo o referido autor: "La libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, reclama la aplicación del principio de prohibición de exceso en el Derecho penal y, em consecuencia, de los princípios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto" (idem, ibidem).

que princípio da proporcionalidade, a proibição de excesso "dizia primitivamente respeito ao problema da limtiação do poder executivo, sendo considerado com *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual" (2002, p. 266), sendo seu campo de aplicação o "da *restrição* dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos" (idem, ibidem, p. 272). Ainda segundo Gomes Canotilho: "A administração deve observar sempre, nos casos concretos, as exigências da proibição do excesso sobretudo e principalmente nos casos em que dispõem de espaços de discricionariedade ou de espaços de livre decisão" (2002, p. 272).

Para Humberto Ávila, a proibição de excesso é um *postulado inespecífico* (por não indicar critérios formais ou materiais de aplicação), que não se confunde com o postulado da proporcionalidade. Segundo ele (2006, p. 133): "A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido."

Apesar da relevância do postulado evidenciado, devido à sua inespecificidade, a proibição de excesso (assim como a ponderação ou a concordância) não indica critérios formais ou materiais por meios dos quais devem ser aplicados visando a promover as finalidades exigidas, pois "consubstanciam estruturas exclusivamente formas e despidas de critérios" (cf. Ávila, 2006, p. 133), o que acaba por remeter boa parte dos problemas para os postulados específicos, em especial o da proporcionalidade (ao lado da razoabilidade e igualdade), no qual se encontram, sem dúvida, alguns dos critérios mais seguros para orientação da atuação policial.[52]

Ainda com relação aos limites de atuação, Gomes Canotilho evidencia outro aspecto problemático da questão, ao falar da "proibição por defeito". Segundo adverte o autor, há "(...) um outro lado da

52. Nesse sentido, podem-se colher na jurisprudência do STF decisões pautadas expressamente nessa idéia. Cf. HC 89429/RO, *DJ* 02.02.2007, que trata do uso de algemas, no qual se estabeleceu que "O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade".

protecção que, em vez de salientar o *excesso*, releva a *probição por defeito (Untermassverbot)*. Existe um *defeito de protecção* quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais" (2002, p. 273). Esse aspecto da questão interessa especialmente à Polícia na medida em que, para além de colocar-se em situação de ofensa a direitos humanos, deve preponderar sua função de proteção, que lhe impõe um dever. Daí a afirmação de Canotilho no sentido de que "(...) o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais" (idem, ibidem).

Dessa forma, considerando essas duas proibições, no exercício da função policial, o agente de polícia deve alcançar aquela "virtude do meio" a que se refere a filosofia clássica,[53] visando a não errar por excesso nem por falta, para o que a razoabilidade e proporcionalidade apresentam critérios satisfatórios de atuação.

4. O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Os postulados normativos,[54] segundo Humberto Ávila, "são *normas imediatamente metódicas*, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relação entre elementos com base em critérios" (2006, p. 168, grifo nosso), tendo a proporcionalidade essa natureza, embora no direito brasileiro não esteja expressamente escrito.[55]

53. Segundo Aristóteles, "a virtude está no meio". Cf. nesse sentido, considerações acerca de "Ética a Nicômaco" (HELFERICH, 2006, p. 49 e ss.).

54. Segundo teoria de Humberto ÁVILA, os postulados não se confundem com os princípios. Estes "são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (2006, p. 167).

55. No direito brasileiro, há duas fundamentações da proporcionalidade: uma que a considera elemento ou cláusula implícita dos direitos fundamentais; outra que sustenta ser expressão do Estado de Direito (cf. nesse sentido, MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 312). Segundo os autores referidos, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã parece aceitar tanto um como outro fundamento; mas há, contudo, quem sustente se tratar de postulado jurídico com raiz em direito suprapositivo (cf. p. 313). O STF, por sua vez,

Segundo Humberto Ávila (2006, p. 168), "alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos" – sendo dessa natureza inespecífica a ponderação, a concordância e a proibição de excesso –; ao passo que "a aplicabilidade de outros postulados depende de determinadas condições", sendo dessa natureza específica a igualdade,[56] a razoabililidade[57] e a proporcionalidade.

Quanto à proporcionalidade, de início, deve-se observar que, não apenas os atos do legislativo se submetem à proporcionalidade, mas também "as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça como base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade" (Mendes, Coelho e Branco, 2007, p. 326). Dessa forma, considerando que os atos estatais são julgados segundo esses critérios, é mais que justificado e imperativo que antes se utilizem tais critérios como orientação da atividade, assim para a Administração em geral, como para a Polícia em específico.

atualmente tem aplicado a proporcionalidade com fundamento no devido processo legal sob seu aspecto material, com tendência a aceitá-lo como princípio geral do direito (cf. p. 319).

56. "O postulado da igualdade estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)" (Ávila, 2006, p. 168).

57. "O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indiciado em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandes"(Ávila, 2006, p. 169). Nesse sentido, costuma-se falar em razoabilidade como *congruência, equidade ou equivalência*. Há congruência quando se exige referência a fatos concretos, como fundamento de uma decisão. Há equidade quando embora aplicável uma lei a certo caso, observa-se que se aplicada efetivamente a este em concreto, haveria uma injustiça. Por fim, há equivalência quando uma medida se apresenta como correspondência admissível para um fato (cf. p. 139 e ss.).

Assim sendo, a proporcionalidade, como critério de controle substancial dos atos estatais pelo Judiciário, pode ser utilizada para orientar a ação dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, tanto para a compreensão do seu conteúdo, como para solução de conflitos não completamente previstos na lei, diante da necessidade de decidir no caso concreto.

A proporcionalidade, assim, "aplica-se nos casos em que exista uma relação de casualidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito" (Ávila, 2006, p. 169).

Essa relação entre fins e meios, que constitui a proporcionalidade, apresenta-se em todo momento da atividade policial. Sempre, em certa medida ou situação, haverá uma relação entre fins e meios na atividade policial. É da essência da função policial esse relacionamento, ainda que de forma geral, eis que todos os fins a que está preordenada a Polícia devem ser orientados por meios admissíveis, mas de tal forma que não se ponha em evidência apenas os fins, em detrimento dos meios, para que não se caia naquele lugar comum do argumento de que "os fins justificam os meios". Na atividade policial, pela relevância que têm todos os interesses em jogo (em síntese, segurança pública da coletividade e as garantias dos indivíduos), sem desconsiderar a importância dos fins pretendidos, são os meios que justificam os fins, na medida em que se justificam recíproca e proporcionalmente; dito de forma diversa, são os meios dispostos e bem utilizados que irão legitimar os fins pretendidos, pois nestes fins de segurança e manutenção da ordem em favor dos direitos humanos, também se incluem a menor lesão necessária de outros interesses, já que nestes também se encontram iguais direitos humanos.

Assim, havendo uma relação entre fins e meios, o que é pressuposto para a aplicação da proporcionalidade, deve-se então se proceder à análise de outros requisitos, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrito senso.

A adequação exige uma relação empírica entre o fim e o meio, devendo este contribuir efetivamente para alcançar o objetivo propugnado. O problema que se coloca é que há sempre outros meios possíveis que concorrem com o meio utilizado, menos, mais ou igualmente adequado; mas a administração deve escolher pelo menos um meio que

promova o fim, porque nem sempre é possível saber qual o melhor meio no momento da escolha; em face da multiplicidade de possibilidades, a medida mais adequada deveria pelo menos ser analisada sempre à luz das circunstâncias existentes e conhecidas no momento da decisão, e não posteriormente quando a medida é avaliada pelo julgador (geralmente após detida e meditativa análise em seu gabinete), embora isso não se observe na jurisprudência em geral.[58]

A necessidade, por sua vez, exige verificação de meios alternativos que possam promover o fim pretendido, com a mesma intensidade, mas afetando o menos possível os direitos humanos fundamentais, ou seja, exige-se a utilização do melhor meio. O melhor meio, contudo, somente pode ser designado a partir de um outro critério material, a depender da circunstância, podendo ser o mais barato, o mais rápido, o mais seguro etc., ou todos juntos; sobretudo, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, somente se considerando desnecessário quando ele for manifestamente menos adequado que outro, tendo em conta sempre a menor ofensa aos direitos humanos.

A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, "exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais" (Ávila, 2006, 160); em síntese, deve-se observar se as vantagens obtidas pelo meio eleito são proporcionais às desvantagens causadas aos direitos ofendidos. Daí porque se costuma recorrer à proibição de excesso ou à razoabilidade para compor o sentido da proporcionalidade em sentido estrito, segundo algumas doutrinas.

Feita essa exposição genérica dos elementos da proporcionalidade, o que importa considerar é que a análise desses elementos pode se apresentar nas mais variadas experiências da atividade policial, desde o tratamento com pessoas, como no tratamento de técnicas de investigação com vistas à obtenção de provas na investigação criminal. Não somente na relação direta, em que a Polícia se põe "corpo a corpo" com o cidadão, mas também naquelas atividades em que, na busca de provas para uma

58. Nesse sentido, cf. Humberto Ávila, que defende o seguinte: "a adequação do meio escolhido pelo Poder Público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribuiu para a promoção do fim" (2006, 156). Essa observação, além de trabalhar com o princípio da separação dos poderes sob uma perspectiva razoável, é de extrema importância para atividades estatais que trabalham nos calor dos problemas, como ocorre com a policial.

investigação criminal, os meios não podem ser "desproporcionais" aos fins pretendidos.

5. Conclusão

Assim, concluímos que, a partir do estudo de uma teoria geral dos direitos fundamentais, com ênfase nos limites das relativizações jurídicas autorizadas, é possível igualmente traçar os contornos de atuação policial, com definição de princípios, critérios e postulados, aptos a definir parâmetros éticos e de ação da Polícia em relação aos direitos do cidadão.

Com isso podemos traçar uma teoria de atuação policial, a partir da análise de certas hipóteses de enfrentamento entre polícia e direito humano, a partir do bem jurídico tutelado constitucionalmente (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), considerando as várias possibilidades de ofensas autorizadas na lei, visando a definir os limites e critérios da ação da Polícia e uma minimização das zonas de conflito entre Polícia e Sociedade. Esse, no entanto, vem a ser um estudo sob perspectiva tradicional, em que a Polícia se põe em confronto com direitos de defesa do cidadão, numa relação vertical de poder, geralmente frente a direitos considerados de primeira geração.[59]

Sob outra perspectiva, contudo, é possível sustentar um estudo diverso, a partir de situações em que a Polícia se põe em situação de exclusiva tutela de direitos humanos, deixando de ocupar a condição vertical de conflito com a Sociedade, para se colocar como protetora dos direitos nos conflitos internos da Sociedade, em suas relações horizontais de poder.[60] Nesse ponto, a Polícia assume um papel exclusivamente protetor, atendendo ao direito de prestação do cidadão, com dimensões

59. Considerando aqui a "teoria dos quatro status de Jellinek", seria um estudo sob a perspectiva vertical da Polícia em relação ao cidadão, titular de direitos de status negativo, com pretensão de resistência à intervenção estatal. "Esses direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado" (cf. Dimoulius e Martins, p. 65).

60. Aqui, considerando a tese da "horizontalização" dos direitos fundamentais, aplicada às relações privadas, nas quais o Estado "tem o dever de proteger os direitos contar agressões oriundas de particulares" (Dimoulius e Martins, p. 107).

para além dos direitos individuais, alcançando situações coletivas e sociais.

Com essas duas vertentes possíveis de análise, pensamos que é possível traçar uma teoria da atuação policial com referência aos direitos humanos e fundamentais.

Bibliografia

Ávila, Humberto. *Teoria do princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Bayley, David H.; Skolnick, Jerome H. Nova polícia: inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas. *Série Polícia e Sociedade* 2. São Paulo: Edusp, 2002.

Bittner, Egon. Aspectos do trabalho policial. *Série Polícia e Sociedade* 8. São Paulo: Edusp, 2003.

Bonavides, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

Bova, Sérgio. *Polícia (verbete)*. In: Bobbio, Noberto; Matteucci, Nicola; Parquino, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. vol. 2.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almeidina, 2002.

Delmas-Marty, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manoel, 2004.

Dimoulius, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Garcia-Pablos de Molina, Antonio. Polícia y criminalidad em el Estado de derecho. *Doctrina penal: teoria e practica em las ciencias penales* 53-54/29-55. Buenos Aires: Depalma, año 14, enero-junio 1991.

Garrido, Vicente; Stangeland, Per; Redondo, Santiago. *Principios de Criminología*. 3. ed. rev. y amp. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Goldstein, Herman. Policiando uma sociedade livre. *Série Polícia e Sociedade* 9. São Paulo: Edusp, 2003.

Helferich, Christoph. *História da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Levi, Lucio. Governo (verbete). In: Bobbio, Noberto; Matteucci, Nicola; Parquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. vol. 1.

Manual de capacitación em derechos humanos para la policía. *Série de Capacitación Profesional 5: Derechos humanos y aplicación de la ley*. Alto Comisionado para los Derechos Humanos/Centro de Derechos Humanos. – Naciones Unidas: Nueva York y Genebra, 1997.

Mazzuoli, Valério. *Direito internacional público*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia: sociologia da força pública. *Série Polícia e Sociedade* 10. São Paulo: Edusp, 2002.

MONET, Jean-Claude. Polícias e Sociedades na Europa. *Série Polícia e Sociedade* 3. São Paulo: Edusp, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgan. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIAL, Andrés Dominguez. El Estado democrático de derecho y el poder de policía. *In Policía y sociedad democrática: pena y Estado* 3/27-49. Buenos Aires: Del Puerto s.r.l, 1998.

WEBER, Marx. *Ciência e política: duas vocações*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

WILSON, Charles R. M. Polícia (verbete). In: BOTTOMORE, Tom; OUTHWAITE, William. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

2
O controle preventivo das infrações éticas

JOSÉ RENATO NALINI

Doutor em Direito Constitucional pela USP. Presidente da Academia Paulista de Letras. Ex-Presidente do TACrimSP. Docente da FAAP e do Centro Universitário Pe. Anchieta. Desembargador do TJSP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente texto abordará os seguintes tópicos, na esteira de um enfoque interdisciplinar e crítico: 1. a presença de uma cultura da facilitação, subjacente às atividades públicas e às relações privadas no Brasil; 2. os reflexos dessa cultura e da falta de formação ética na formação jurídica e suas conseqüências nos concursos de recrutamento para as carreiras públicas; 3. os impasses que esse contexto geram no âmbito das corregedorias e a vulnerabilidade das sindicâncias num contexto de faltas éticas de profissionais que detêm autoridade e prestígio. 4. a distinção entre as formas de compreensão do fenômeno ético no âmbito social e profissional, e os debates existentes nesse sentido, com foco na reflexão filosófica; 5. Alternativas para a problemática exposta, com ênfase na educação ética, em todos os níveis, e na formação mais humanista e menos técnica do bacharel em Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura da facilitação – Infrações éticas – Concursos de recrutamento – Educação – Ensino do Direito.

ABSTRACT: This paper will address the following topics, in the wake of an interdisciplinary and critical approach: 1. the presence of a culture of facilitation, underlying public activities and private relationships in Brazil, 2. the reflection of that culture and the lack of formal ethics training in legal education and its consequences in civil service exams for public posts; 3. the impasses generated by this context in the scope of the Commissioner's offices and the vulnerability of inquiry in the context of ethical misconduct by professionals who have authority and prestige. 4. the distinction between different manners of understanding the ethical phenomenon within the social and professional scope and discussions held in that direction, focusing on a philosophical reflection; 5. Alternatives to the problems exposed, with emphasis on ethics education at all levels, supporting more human and less technical training for Law graduates.

KEYWORDS: Culture of facilitation – Ethical violation – Civil service exams – Education – Law education.

SUMÁRIO: 1. Considerações subjacentes – 2. A cultura da facilitação – 3. Os concursos de recrutamento – 4. A função das Corregedorias – 5. A vulnerabilidade ínsita das sindicâncias – 6. Prolegômenos teóricos à prevenção – 7. Autonomia ou autenticidade? 8. Como prevenir infrações éticas? – Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES SUBJACENTES

A reiteração de episódios em que são envolvidos detentores de autoridade em funções antes inexpugnáveis evidencia a vulnerabilidade dos sistemas de prevenção das faltas éticas. A exigência de postura funcional e conduta privada insuscetíveis de crítica é uma das carências nacionais. Sabe-se que dentre os entraves ao verdadeiro desenvolvimento do país ocupam lugar de realce a burocracia e a corrupção. Ambas a se retroalimentarem, a se fortalecerem e a produzirem a descrença como subproduto final, depois de emperrarem o avanço institucional.

Não é por falta de clamor popular por um comportamento moral mais consistente. Ética é uma das palavras mais utilizadas nos discursos. Está presente em todas as manifestações e mesmo os que não primam por uma vivência com ela compatível não hesitam em invocá-la.

A esfera reservada à conduta ética é ampla e abrangente. Na conhecida concepção dos círculos concêntricos, o direito seria aquele de raio mais reduzido, contido no grande campo da ética. Por isso é que George Jellineck afirmou ser o direito *o mínimo ético*. Dentre as normas incidentes sobre a criatura humana em seu convívio, aquelas incursões morais mais graves e lesivas à permanência da harmonia social possível são positivadas. Convertem-se em normas jurídicas.

A conduta ética merece também positivação e o fenômeno da proliferação de Códigos de ética nos mais diversos setores já não surpreende.

Essa aspiração por uma sociedade mais ética surtiu os efeitos esperados? Pode-se afirmar que o Brasil é hoje um país mais ético? Se a resposta for negativa, onde reside a falha desse projeto de *eticização* da vida social?

A partir dessa *sintomatologia empírica*, detectável no universo das carreiras jurídicas, notadamente na Magistratura, é que se ousa incursionar pela areia movediça da reflexão ética num Brasil que parece haver relegado essa preocupação para a última escala das preocupações cotidianas.

2. A CULTURA DA FACILITAÇÃO

Tudo piorou no Brasil contemporâneo? Para Marcos Napolitano:

"Como cidadãos, temos a sensação de que o Brasil não muda, ou muda para pior. E esse é um sentimento que, salvo engano, parece ter crescido nos últimos vinte anos. É voz corrente na opinião pública que, apesar do fim do autoritarismo político, em 1985, as elites brasileiras não cumpriram sua promessa de felicidade democrática, ou seja, a construção de um país mais igualitário, mais ético, mais rico."[1]

Se *os de cima* dão exemplo negativo, o que esperar *dos de baixo*? Não se pense apenas em estamentos sociais diferenciados ou em graus de responsabilidade perante a sociedade. A relação também vale para as diferentes gerações. Todas parecem contaminadas por uma perda do sentido da existência humana. Tudo é transitório, inconsistente, descartável.

O ser humano no final do século XX e início do século XXI praticamente aboliu a idéia de *sacrifício*. As aspirações da juventude se rebaixaram à consecução de objetivos muito palpáveis e singelos. O sonho de consumo favorece a obtenção de bens materiais. A busca do prazer estimula as práticas sensoriais. Isso explica o apego à música desprovida de melodia, mas calcada em percussão. A volúpia da velocidade, a sensação irrecusável das drogas – as lícitas – v.g., fumo e álcool – e as ilícitas. Todo dependente se recusa a considerar-se viciado. Acredita ser mero usuário episódico e capaz de interromper o consumo quando bem o queira.

O desassombro com que se substitui o namoro pelo *ficar*,[2] de que resulta a trivialização do sexo, a banalização das sucessivas trocas de parceiros do exercício sensual. Com pouca vinculação desses encontros com aquilo que um dia se chamou amor.

Substituiu-se o sonho pela redução qualitativa dos ideais. Ideal é uma expressão vazia, intercambiável com uma viagem, um novo carro, a conquista de alguém que momentaneamente impressiona os sentidos.

1. NAPOLITANO, Marcos. Cultura, in: PINSKY, Jaime (org.). *O Brasil no contexto-1987-2007*. São Paulo: Contexto, 2007, p. 139.
2. A respeito de "ficar", a juventude não se serve do verbo em termos consensuais. Para uma parcela o "ficar" implica em manter relações sexuais. Para outra, "ficar" seria uma fase prévia, correspondendo a afagos e beijos. Seja como for, é concessão ao impulso ou ao instinto sexual, de forma diversa à do amor responsável que implicaria em assunção de compromisso.

Tudo descartável e efêmero, como costumam ser as vontades contemporâneas.

Parcela considerável da juventude insiste e persevera na busca de algo que lhe pareceu ontem importante e que amanhã será relegado. Não existe fidelidade nem nas relações humanas, nem nos interesses que tiveram a aparência de serem vitais. Obtida uma etapa, volta a insatisfação e o vácuo. Nada preenche o espaço desabitado, outrora ocupado pelos valores.

O mais lastimável é o desaparecimento das *grandes causas*. Houve generalizado amesquinhamento das aspirações. Os interesses são desprezíveis e muito localizados. Qualquer coisa serve. Os horizontes encolheram. Evidencia-se o mergulho qualitativo rumo ao quase nada.

Desapareceu o espírito de luta. A vasta legião dos desassistidos não se encontra somente na faixa dos miseráveis. Estes se contentam com pouco. Jovens há que, se dispuserem de mínimos recursos que permitam a freqüência às baladas, às *raves*, às danceterias, não se preocuparão em mudar de *status*. A padronização do vestuário não acentua as diferenças sociais. Mas igualmente desassistidos de garra são os moços da parcela bem aquinhoada de recursos materiais. Têm acesso à educação convencional considerada *top de linha*, mas não mergulham num projeto denso de aprendizado. Cultivam a lei do mínimo esforço e não lêem, não pesquisam, não se devotam. Preferem se submeter à farsa predominante. Professores desalentados ante o desinteresse não se empenham a chamar o alunado a brios. Outra expressão em desuso: brio. O que significaria *brio* para o jovem brasileiro destes dias?

Qual é a farsa da educação convencional?

Alunos desinteressados, professores desanimados, interesse exclusivo em receber o diploma. E este virá, inevitavelmente, de qualquer forma. Assim como as colocações profissionais estão reservadas a quem dispõe de família influente ou já possui um círculo no qual só se penetra mediante apresentação.

Existem exceções e estas apenas confirmam o desalento geral da sacrificada faixa de guerreiros de luta inglória que ainda não abandonou a educação. Sabem os professores que se forem muito exigentes em escolas particulares, os alunos – seus patrões – conseguirão expeli-los. É o que ocorre normalmente, em várias versões. Outrora, se um professor chamasse a atenção de um aluno, este seria em seguida igualmente admoestado por seus pais. Às vezes, com rigor redobrado. Hoje, os pais são

os primeiros a dar razão ao filho rebelde. Não assumem a sua parcela de responsabilidade ao relegar a *formação* da prole à escola. Acreditam que, por propiciarem aos filhos as escolas mais dispendiosas, já cumpriram com sua parte.

A escola pública foi desmoralizada e o professor está na escala mais ínfima dentre as ocupações exercíveis por um intelectual. Remuneração indigna serve de pretexto para a desídia. A violência nas salas de aula inibe o heroísmo de qualquer função moralizadora. O descalabro reside, de maneira análoga, em todas as demais áreas de formação. Na educação fundamental, no ensino médio, na Universidade. E não apenas no bacharelado em Direito, já contaminado até na pós-graduação. Mas em cursos como os de Medicina, Engenharia, Odontologia e tantos outros. Num país que hoje conta com 1.308 Faculdades de Direito, não se mostra possível um controle efetivo de qualidade de muitas delas. Empreendimentos lucrativos como quaisquer outros e ainda atraentes para empresários cuja vocação é a obtenção de ganho compensador do capital investido e com reduzida potencialidade de insucesso.

A "cola" é uma instituição consagrada. Há um prazer indizível em "enganar o mestre". Mesmo com provas em que a consulta aos livros e apontamentos é permitida, aquele aluno turista, que não sabe sequer encontrar no livro-texto o que lhe é solicitado, recorre aos colegas. E estes são solidários com o pouco caso, com o desleixo e com a mais autêntica falta de educação de berço. Chegam a invocar uma pretensa ética para auxiliar o desidioso.

Completa-se, portanto, a farsa educacional. Muitos fingindo estudar. Alguns fingindo ensinar. Só não se finge na fatura e na imprescindível obrigação de se pagar o carnê das mensalidades. Esse o único meio de reprovação em muita escola particular. Já nas públicas, ainda se controverte o sistema de aprovação automática. O que explica os índices sofríveis obtidos por toda a estudantada brasileira nas aferições internacionais de performance da educação.

A ética propiciadora de se chegar ao término de um curso sem maior esforço, sem leitura, sem pesquisa, sem sacrifício, é aquela que também vai inspirar a continuidade da atuação desses profissionais nos mais diversos níveis. Serão profissionais providos de outra ética, diversa daquela que cultivaram durante os estudos?

3. Os concursos de recrutamento

Desse universo produzido pelo ensino superior é que muitas carreiras recrutarão seus integrantes. O caso do Direito é emblemático. As profissões jurídicas ainda atraem. Se o estudante pode haver ingressado no curso de bacharelado em ciências jurídicas sem saber exatamente o que pretende, mas considerado o largo espectro de opções aberto a quem possua um diploma de bacharel, após cinco anos o número de *candidatos a emprego* é inconteste. Submetem-se às provas de seleção para a Magistratura, para o Ministério Público, para as defensorias, para as Procuradorias, para a polícia civil e para as funções delegadas no exercício de funções de tabelionato e registro público.

Ocorre que os concursos públicos, ainda considerados a melhor alternativa para assegurar um viés aristocrático – a seleção dos melhores – à chamada democrática de novos quadros – todos os bacharéis podem concorrer, não privilegiam a ética do candidato. Preocupam-se com a memorização do concorrente. Com a sua capacidade mnemônica de acumular o maior número de informações possível de se guardar na memória humana. O cipoal legislativo enciclopédico e fruto de uma prolífica atuação do Legislativo em todas as esferas, a vasta seara doutrinal resultante dessa normatividade intrincada e densa e a produção pretoriana – quinze mil juízes a elaborar decisões – tudo é suscetível de merecer inquirição ao futuro profissional.

Aqueles que efetivamente querem ingressar numa carreira procuram suprir os cinco anos do curso de Direito, quanta vez levados num ritmo de tranqüila inércia, com os *cursinhos de preparação a concurso*. Tais cursos se encarregam de revisão intensiva de todo o conteúdo de um bacharelado, acrescentado das inovações que o interessado ainda não conhece. Pois a dinâmica da produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial é crescente e incessante.

É saudável que os futuros juízes, promotores, defensores, procuradores, delegados e serventuários conheçam direito. Mas isso é insuficiente a que eles sejam profissionais éticos. Servidores da causa da justiça, idôneos, conscientes de seu papel social, aptos a um desempenho cada vez mais difícil, numa sociedade heterogênea e de crescente submissão às mais diversas formas de iniqüidade.

O teste de conhecimento é o que prevalece em todo concurso público. Resulta daí que os profissionais habilitados são quase sempre bons técnicos, agentes suficientemente providos de capacidade de

memorização que permite um adequado conhecimento do direito. Nem sempre muito ciosos da deontologia profissional.

É o que explica a multiplicidade de falhas éticas imputáveis a esses profissionais sobre os quais repousa, em última análise, a tão invocada *segurança jurídica*. Pois de nada vale uma lei adequada, uma doutrina calcada em sólidos fundamentos e conhecedores da mais atualizada dicção do direito pelos tribunais, se tudo isso não vier coroado por atributos humanos hoje pouco avaliados no sistema de concurso público.

Ausente a viabilidade prática de aferição da ética do futuro profissional, aposta-se na ficção de que o conhecimento técnico é o suficiente. Erige-se a *ciência* como o objetivo. Abandona-se a preocupação e o zelo pela *consciência*. Não é de se estranhar a profusão de condutas atípicas. O núcleo comum em todas elas é uma aparente ignorância do que significa *deontologia* e mesmo rudimentos de uma *consciência moral*.

4. A função das Corregedorias

A missão das Corregedorias se vê dificultada nos últimos anos. A primeira causa é o aumento dos casos submetidos à sua apreciação. A segunda é o arrefecimento das expectativas em relação a profissionais do direito. Se os valores estão esgarçados, se a multiplicação de Faculdades representa a obtenção de diplomas por atacado, o apuro na formação cidadã é relegado à gaveta do esquecimento. O objetivo dos egressos é a obtenção de emprego. Quantas são hoje as instituições preocupadas com o aspecto vocacional e detentoras de uma estratégia de seu aprofundamento?

Também não existe uma *teoria correcional* objetivamente traçada. A sucessão das gestões bienais outorga a função a vencedores ocasionais dos pleitos eletivos. As eleições, nas instituições que as possuem – v.g. Judiciário e Ministério Público – não diferem daquilo que ocorre na democracia vigente. Propaganda, promessa, alianças firmadas com o objetivo de se empolgar o poder. Nenhuma a possibilidade de se estabelecer um *plano estratégico* ou de uma *política correcional* que resista a vários mandatos.

Por isso é que as Corregedorias atuam reativamente. Ou seja: não têm condições de orientar, de esclarecer, de corrigir. Quando chamadas a fazer incidir a normatividade correcional, as infrações mais graves já foram perpetradas. Muitas vezes o desvio de conduta poderia ter sido evitado com uma ação preventiva. Mas assim como a polícia brasileira

não tem condições de investigar ou de efetivamente prevenir, as corregedorias só chegam depois da perpetração do deslize ético.

Nada mais difícil do que se apreciar um comportamento ético de profissional jurídico diferenciado. Além das dificuldades de enquadramento, ante a vagueza dos tipos previstos na lei – v.g., aqueles enunciados no art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura – a apuração se fará por colegas do profissional a que se imputa a infração, quando não por subordinados seus.

Existe um *pudor natural* do colega chamado a testemunhar o que sabe a respeito de falta alheia. A tendência a escapar à dura missão de contribuir para o aprimoramento da função é muito clara. Raros são os que se expõem a conquistar uma inimizade para toda a vida ou a serem considerados detratores pelos demais colegas. Quanto ao subordinado, então, é caso excepcional aquele que oferece elementos de convicção em desfavor de seu superior hierárquico. Por isso é que as sindicâncias nem sempre resultam em processos administrativos. Ou, quando se convertem num processo disciplinar contra o sindicado, sofrem duro ataque das combativas defesas. Interessadas em deslegitimar a fase prévia de apuração das responsabilidades.

5. A VULNERABILIDADE ÍNSITA DAS SINDICÂNCIAS

As sindicâncias feitas contra profissionais que detêm certa autoridade ou prestígio encontram toda a sorte de óbices e é raro se prestem à realização do objetivo para a qual foram preordenadas. Ou seja, apurar – efetivamente – um comportamento que possa vir a se enquadrar numa falta funcional.

Assim como ocorre em relação à Justiça Criminal, denota-se um elenco de empecilhos destinado a dificultar a realização da Justiça disciplinar. De forma análoga ao desprestígio do inquérito policial – caderno que não pode ser invocado pelo juiz ao justificar a imposição de pena ao acusado – a sindicância também tende a desmerecer consideração. Invoca-se a sua *inquisitoriedade* como causa suficiente a total desaproveitamento. Tudo aquilo que nela se obteve como elemento formador da convicção do instrutor do processo administrativo, passa a ser desprezado.

Não há dúvida de que a *processualização da atividade administrativa* é uma conquista da civilização contemporânea.[3] A incidência dos prin-

3. Consulte-se a obra clássica de MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

cípios-garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito de todo e qualquer processo é de rigor. Ocorre que a sindicância é *procedimento* de apuração indiciária. Há de se distinguir entre a fase em que se coleta elemento mínimo formador da *opinio delicti* da fase em que o sindicado terá condições de oferecer à imputação toda a resistência que entender cabível à preservação de seus direitos.

Indiscutível o avanço civilizacional decorrente da dialeticidade exigível também ao processo administrativo, a ensejar profunda alteração do princípio da legalidade. Princípio que hoje é "mais que uma regra do conteúdo da atividade administrativa, uma regra do seu limite, inserindo-se na dialética da autoridade e da liberdade".[4] Nada obstante, a sindicância ostenta uma natureza complexa. Ainda não existe nela uma contraposição de interesses. Avulta o interesse maior da Administração de verificar se algo nela está a se desviar do objetivo da consecução do bem comum.

O foco extremado nas garantias processuais praticamente esvazia o valor da apuração preliminar. Talvez fosse oportuno rememorar o propósito da ênfase na processualidade para dimensioná-la adequadamente. Ou seja: o processo é *instrumento* e não pode continuar a sua trajetória rumo à categoria de *finalidade*.

Em estudo sobre a incidência do contraditório e da ampla defesa em procedimentos administrativos, Carlos Henrique Caldeira Jardim lembra que "a mudança do eixo para a processualidade (calcada no reconhecimento da relação jurídica administrativa) pode proporcionar a elevação do patamar de legitimidade e até mesmo da efetividade da atuação administrativa".[5]

Baseia-se em lição de Niklas Luhmann para assinalar não ser função primordial do procedimento a aplicação da justiça incontestável, mas a de conferir legitimidade às decisões e posições tomadas. Pois "o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersub-

4. Ferraz Junior, Tercio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito Público* 61/27, 1982.

5. Caldeira Jardim, Carlos Henrique. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: Sousa Júnior, José Geraldo (org.). *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*". Brasília: UnB & TCU, 2006, p. 409.

jetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo".[6]

A fase prévia ao processo disciplinar, além de residir na discricionariedade da Administração, é dever indeclinável do administrador. Vê-se ele tangido a observar o princípio da moralidade e o da eficiência. A redução da credibilidade na atuação administrativa compromete toda a estrutura que legitima o sustento, pelo povo, de um equipamento estatal. Por isso é que as sindicâncias devem ser céleres, objetivas, conclusivas.

Aceitar-se que nessa fase procedimental também incidissem os princípios estruturantes do contraditório e da ampla defesa seria inviabilizar qualquer possibilidade de apuração de faltas funcionais. Pois inúmeras dificuldades operacionais surgiriam e neutralizariam o poder-dever da Administração de expurgar vícios intoleráveis e até de integrantes em descompasso com os ditames do serviço público. Há limites e riscos inerentes à participação administrativa, conhecidos pelos especialistas como *overintrusion* e *underprotection*, além do efeito conservador da participação.[7] A experiência demonstra o entranhamento de práticas pouco ortodoxas na moralidade administrativa no momento em que se pretenda investigar desvios de conduta de agentes qualificados. Assim como a leniência, fruto de natural inércia, o acobertamento, a convicção generalizada de que o *Erário* não tem dono e não está a merecer maior empenho por parte de transitórios ocupantes de cargos de corregedoria.

Por isso é que não constitui heresia afirmar-se que as sindicâncias, embora idealmente possam representar medidas eficazes para a reforma estrutural do governo, nem sempre se prestam a desempenhar essa função. Se realizadas com lisura e eficiência, sem dúvida poderiam resgatar dívidas contraídas ao longo da História por uma gestão que pode não ter primado pela observância da lei e da ética. Poderiam superar legados de conflitos passados e fulminar o ranço de autoritarismo presente em várias das prestações estatais. Seriam contraceptivo à

6. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real, Brasília: UnB, 1980, p. 26-27 e 31-32 e *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 177 e ss., vol. 1 e 61/70, vol. 2. Apud CALDEIRA JARDIM, Carlos Henrique. Op. cit., p. 419.

7. Consultar BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

gestação de novos abusos e, com isso, auxiliariam a tarefa da edificação de instituições justas e eficientes.

Mercê de uma série de fatores, dos quais alguns foram superficialmente delineados, elas representam um desserviço à relevância desses intuitos. Por isso é que talvez fosse alternativa investir com seriedade na adoção de estratégias de *controle preventivo* de infrações éticas.

6. Prolegômenos teóricos à prevenção

É recorrente e inconclusa a discussão a respeito do aprendizado ético. Há quem sustente – e com bons argumentos – que ética se *possui* de forma congênita ou nunca se adquirirá. Ética seria insuscetível de ensino ou de aprendizado.

Não há espaço – nem é esse o propósito desta reflexão – para a persuasão de quem nela se detiver, de que ética se ensina e ética se pode aprender. Basta mencionar que a *conduta ética* pode ser exigida a todas as criaturas. E que se algumas delas puderem receber sanções se não se comportarem de acordo com os cânones éticos, elas podem ser compelidas a um procedimento ético por submissão a determinados interesses. Não há necessidade de se aferir a compatibilidade entre sua conduta e a *reta razão* que a inspiraria. É suficiente o resultado *exterior* desse procedimento. Seja por receio de perda de cargo ou função, constrangimento pela repulsa que certos atos ensejariam de parte da comunidade, interesse em se mostrar civilizado ou mesmo afeiçoado à noção do *bom* cultivada no seio social, os indivíduos se pautariam de acordo com certas linhas morais mínimas. Estariam dispostos a se curvar a preceitos considerados essenciais, a despeito de convicção pessoal contrária a tais expectativas.

A ética não deixa de ser a procura de uma boa maneira de ser. A contínua busca à sabedoria da ação. Por isso é que: "A ética é uma parte da filosofia, aquela que ordena a existência prática à representação do Bem. Foram sem dúvida os estóicos que fizeram com mais constância que ética fosse não apenas uma parte, mas o *coração mesmo* da sabedoria filosófica. O sábio é aquele que, sabendo discernir as coisas que dependem dele daquelas que não dependem, organiza sua vontade em torno das primeiras e encara impassivelmente as segundas."[8]

8. Badiou, Alain. *L'éthique – Essai sur la conscience du Mal*. Ed.Hatier: Paris, 1993, p. 4.

Se a educação falha, nem sempre se saberá distinguir o certo do errado. Cumpre buscar estratégias de fazer com que o aprendizado se compatibilize com os postulados de uma verdadeira civilização. Uma delas é reforçar o vínculo íntimo entre a ética e os direitos fundamentais. O discurso contemporâneo privilegiou os direitos do homem ou, simplesmente, dos viventes. Já não se questiona que existe um ser reconhecível, possuidor de direitos espontâneos, instintivos, naturais. O direito de sobreviver, de não ser maltratado, de dispor das liberdades fundamentais. Tais direitos são pressupostos por sua evidência. Seu reconhecimento é um dos raros consensos desta era.

Paradoxal que o discurso dos *direitos humanos*, presente em todas as promessas de melhorar a condição das pessoas, conviva com um resistente *nihilismo*, a incapacidade de optar – com seriedade e consistência – pelo Bem absoluto, na vida privada e na vida pública. Invoque-se o principal desconstrutor, Friedrich Nietzsche, responsável pela forte demonstração de "que a humanidade prefere querer o nada mais do que nada querer".[9] É isso o que designa o nihilismo: a vontade do nada, o alicerce de uma necessidade cega, impelida rumo ao caos.

Como conciliar o quadro declarado em todas as Constituições de direitos inalienáveis, supra-estatais, fundados na própria natureza humana e a simultânea negação da capacidade de discernir? Pois a tanto equivale a opção pelo nada: a recusar a existência da razão humana.

O prestígio e o respeito aos direitos humanos se vincula à redescoberta da razão. É imprescindível retornar a Kant. Reconhecer com ele que o homem tem condições de se *reconhecer sujeito*. A *consciência transcendental de si* é suficiente para instaurar a unidade na pluralidade dos fenômenos. Tudo pode ser filtrado pela consciência do ser pensante. Por isso é que Kant enseja a culminância da "historia de emancipação do sujeito de todo laço exterior e põe a descoberto sua radical autonomia frente ao mundo".[10]

Essa a chave para o moderado otimismo que pode reabilitar a crença na salvação da moralidade humana. Todo o idealismo alemão posterior a Kant, de Fichte a Hegel, se baseou nesse aspecto da filosofia kantiana.

9. Idem, op. cit., p. 29.

10. GUARIGLIA, Osvaldo. *Uma ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos em um tiempo posmetafísico*. 2. reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica de Argentina S/A, 2006, p. 20.

Também Kierkegaard, Nietzsche, Heidegger e Foucault se detêm sobre o tema central da *autoconsciência*. Autoconsciência que obriga o ser humano higidamente normal a distinguir entre o *ser* e o *dever ser*.

Se o sujeito é provido de razão, ele tem condições de fazer uma escolha moral. Não no primeiro dentre os significados de moral, "extenso e indefinível campo da vida moral, que abarca todos aqueles aspectos que influíram decisivamente na conformação dos ideais intra-mundanos de conduta humana no curso histórico do desenvolvimento, choque e entrecruzamento das distintas correntes religiosas, filosóficas, políticas e culturais da modernidade".[11]

Esta é a moral dos *bons costumes*, muito centrada na *moral sexual*. Para a presente reflexão, pensa-se na moral cotejada com obrigações inerentes ao convívio. Na expressão de Osvaldo Guariglia, moral com "caráter *imperativo* de suas recomendações, seja pelo peso da autoridade de uma tradição ou seja pelo livre exercício das convicções subjetivas. Este significado normativo aparece estreitamente conectado desde o pensamento romano e adiante com a *regulação das relações interpessoais*, seja diretamente por intermédio das instituições jurídicas e políticas da sociedade".[12]

É a moral que obriga a qualquer pessoa sem patologias mentais a se auto-indagar: "O que devo fazer? O que a sociedade espera de mim?." Com razão maior aquele que, integrado a uma instituição mantida pelo povo, adquire responsabilidades muito mais densas em relação a quem subsiste por seus próprios meios.

A releitura de Kant não faria mal aos detentores de função pública, nas mais distintas expressões desse conceito. Outro dos paradoxos contemporâneos é a permanência de um extenso rol de atuações ainda confiadas ao Estado, pese embora se reclame – no discurso argumentativo – com seu enxugamento, sob a fórmula do não implementado *Estado Mínimo*.

Ou não se mostra ainda válida a definição enunciada por Kant há mais de duzentos anos: "a capacidade de julgar com autonomia, isto é, livremente, conforme aos princípios do pensar em geral, se chama *razão*(...) A Faculdade de Filosofia, enquanto deve ser inteiramente livre para compulsar a verdade das doutrinas que deve admitir ou simples-

11. Idem, op. cit., p. 33.
12. Idem, ibidem, passim.

mente albergar, tem de ser concebida como sujeita, tão somente, à legislação da razão".[13]

7. Autonomia ou autenticidade?

A vasta produção doutrinária sobre ética pública e filosofia política das últimas décadas enfrenta vários dilemas. Debate-se entre as concepções universalistas e particularistas da ética, a desaguar nas visões liberais e comunitárias.

Para Osvaldo Guariglia, nessa discussão delineiam-se três grandes contradições em três diferentes níveis, que acentuam os desacordos básicos entre ambas as tendências.

A primeira ocorre em nível metodológico: a distinção entre o *correto* e o *bom*. O correto é tema da ética deontológica, que ostenta, entre suas propriedades, o método procedimental de definir a correção das ações morais mediante sua subordinação a um princípio universalmente válido. Já a ética do bom sustenta a existência de alguns fins positivos para a existência humana e para a sociedade. Esta é a menor contradição, pois há quem afirme que o objeto de ambas as elaborações é o mesmo, tanto que admite idêntica designação: a ética tanto persegue o correto como o bom.

A segunda oposição reside na idéia central da identidade do sujeito moderno: "Por um lado, a *autonomia* como um ideal que unifica a autodeterminação, responsabilidade e liberdade; por outro, a *autenticidade*, isto é, uma forma de vida peculiar que dá prioridade à lealdade a uma eleição particular, seja individual ou coletiva, por ser a eleição de um mesmo."[14]

Neste ponto, a questão se torna instigante para a proposta de um controle preventivo das infrações éticas. A autonomia assegura a todos igual oportunidade de desenvolver suas capacidades e de se auto-realizar em plenitude. O *eu* autônomo não é um ser inteiramente destravado de vínculos com certos fundamentos éticos universalmente aceitos. Haverá margem limitada para o exercício de sua vontade: os alicerces são fornecidos pela visão universalista. O *acabamento* do edifício é que

13. Kant, Immanuel. *La contienda entre lãs facultades*, Akad, VII, p. 27, Apud. Guariglia, Osvaldo, op. cit., p. 38.

14. Guariglia, Osvaldo. Op. cit., p. 45.

permitirá alguma liberdade de ação, conforme o gosto, personalidade e temperamento de seu ocupante.

Já a *autenticidade* oferece desafio muito mais complexo: "Originada no individualismo moderno, evoluiu de tal modo que inclui todas aquelas características que definem certa gente segundo suas marcas básicas de identidade, como linguagem, religião, gênero, orientação sexual, etc."[15]

Evidente a tensão entre as exigências da autenticidade, valor comumente exagerado por uma sociedade hedonista e egoísta. Em nome da autenticidade se legitimam desde a falta de educação de berço até a volúpia acintosa de se chocar quem não partilha das mesmas concepções de vida. Desde o palavreado, verbalizado ou por escrito, até a vestimenta, uso de signos e de símbolos. Interessante que o ideal da *autenticidade* de hábito se caracterize por exteriorização das opiniões sempre sob o argumento da *certeza absoluta* e inquestionável. Comportamentos insólitos, exóticos e inesperados parecem nutrir a convicção de que *ser autêntico* seria o superlativo do *ser autônomo*.

A *autenticidade* não está no mesmo nível da *autonomia*. O servidor do povo que é remunerado com dinheiro da população não pode afrontar essa comunidade à qual deve servir com lealdade, dentro de parâmetros daquilo que é considerado *normal* pela mesma sociedade, no momento histórico determinado. Nos debates éticos essa contradição precisa ser explorada e suficientemente esclarecida, para que os detentores de qualquer parcela de poder estatal não venham a sobrepor suas particulares concepções de vida àquilo que os códigos de ética deles exijam. Com ênfase na atual positividade a incidir sobre os juízes, por exemplo. Dos quais se reclama não uma conduta irrepreensível apenas na vida funcional mas também na vida particular.[16] Ou seja: o juiz brasileiro precisa ser virtuoso pois, para ele e de acordo com o seu Estatuto Funcional – a

15. GUARIGLIA, Osvaldo. Op. cit., p. 46. O filósofo argentino cita Charles Taylor, *The Ethics of Authenticity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1991, para quem a autenticidade envolve criação e construção, assim como descobrimento, originalidade e, frequentemente, oposição às regras da sociedade e, inclusive potencialmente, ao que se reconhece como moral. Mas também é certo que ela requer abertura a horizontes de significado e uma autodefinição no diálogo. Deve-se admitir que estas exigências estejam, eventualmente, em tensão.

16. Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar federal 35, de 14.03.1979, art. 35, VIII.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a *virtude é dever de ofício*. É obrigação legal. Com todas as implicações e sacrifícios de sua autonomia e, principalmente, de sua autenticidade.

Apenas para completar o pensamento do filósofo argentino Osvaldo Guariglia, mencione-se que a última contradição reside no cotejo entre *cidadania liberal* e *cidadania republicana*. O liberalismo implica em permitir ampla persecução dos chamados *bens da vida*. Bens primários que, para John Rawls, incluem "os mesmos direitos, liberdades e oportunidades básicas e os mesmos meios para todo fim como ingresso e riqueza, estando todos estes apoiados pelas mesmas bases sociais do auto-respeito. Estes bens são coisas que os cidadãos necessitam como pessoas iguais e toda pretensão a respeito destes bens se mostra apropriada."[17]

Já a *cidadania republicana* ressuscita o velho confronto de Benjamin Constant entre a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*. Esta seria a cidadania liberal. Aquela, a *cidadania republicana*, a reclamar de cada integrante da sociedade política a sua participação efetiva nas responsabilidades, compromissos e encargos na gestão da *res publica*. A liberdade não é uma outra face da autenticidade, senão obrigação de exercer a parcela cidadã para gerir os destinos nacionais.

Também esse enfoque se mostra apropriado a uma estratégia preventiva das infrações éticas, considerada a noção corrente do titular de funções públicas. Em muitas esferas políticas, o eleito se considera *dono da coisa pública* e confunde a propriedade estatal com a particular. Noutras, o capítulo dos *direitos* é superdimensionado, sempre em detrimento do capítulo dos *deveres*. Enfim, uma boa dose de responsabilidade cidadã verdadeiramente republicana auxiliaria a reabilitação das condutas funcionais de ponderável parcela dos ocupantes de cargos públicos.

8. Como prevenir infrações éticas?

O primeiro e fundamental passo na direção do fortalecimento de posturas eticamente irrepreensíveis seria intensificar o debate, a reflexão, o ensino e o aprendizado ético em todos os níveis.

Ética é tema para todas as idades. Na infância, cabem noções sobre o reconhecimento do *outro*, a transmissão de um significado para o

17. Rawls, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 180. Apud Guariglia, Osvaldo. Op. cit., p. 47-48.

respeito, a *identidade alheia*, a delimitação do espaço destinado a cada exteriorização da personalidade. Conceitos antigamente contidos na *boa educação de berço* desapareceram do lar e não foram supridos por um sistema formal de escolarização.

Rudimentos de cidadania deveriam ter lugar no ensino fundamental e prosseguir, com o necessário aprofundamento, nas etapas posteriores. Ética geral e profissional deveria ser preocupação transversal de todo o corpo docente em todas as disciplinas. É insuficiente contemplá-la como disciplina autônoma. Relegada, em muitas Escolas, a um curto semestre no final do curso. Sempre com o objetivo focado na transmissão de conteúdo capaz de propiciar ao alunado um desempenho exitoso nos Exames de Ordem.

Os sistemas de recrutamento deveriam se preocupar com a ética e a formação humanística dos candidatos de maneira prioritária em relação à única centralidade contemporânea: aferir o conhecimento técnico. Pior ainda: avaliar a capacidade mnemônica do candidato. Mensurar sua memória e aferir o grau de informações que consegue acumular no curso de preparação à carreira.

Todavia, uma vez aceito ao selecionado círculo dos detentores de um cargo vitalício, os profissionais das carreiras jurídicas deveriam ser estimulados a um constante *repensar sobre suas obrigações*. Em lugar do intuito de divulgar a nova legislação, intensificar a transmissão de conhecimento técnico, ensinar o manejo de leis e instrumentos processuais, as Escolas corporativas deveriam propiciar o crescimento moral de seu alunado.

Os profissionais continuam a merecer toda sorte de atenção dessa realidade saudável que são as Escolas de Aperfeiçoamento enquanto *técnicos* na concretização do direito. Mas delas não merecem idêntico zelo enquanto *seres humanos*, encarregados de *harmonizar a sociedade*, de *administrar situações conflitivas* e de disseminar uma *cultura da pacificação*.

Pressupõe-se que a rigorosa avaliação do cabedal técnico-jurídico seja suficiente para que o novo profissional enfrente – com galhardia e sucesso – todos os obstáculos. Crê-se que está preparado a fazer incidir corretamente a lei. Prevalece a ficção de que saber encontrar a solução técnica equivale a concretizar o justo. A idéia de justiça passa a ostentar sinonímia com a tarefa de oferecer a resposta jurídica.

Qualquer pessoa experiente sabe que isso não é verdade. Nem sempre o profissional está habilitado a detectar, no conflito formal, a razão íntima da controvérsia. Quanta vez aprende a institucionalizar problemas, em lugar de solucioná-los. Vê os protagonistas do drama judicializado como *pólo ativo e pólo passivo* de uma relação jurídica, não como *seres humanos*. Para muitos, autor e réu são *partes* processuais, não indivíduos aflitos e sequiosos de justiça.

Em virtude das 1.038 Escolas de Direito em funcionamento no Brasil,[18] produziu-se tonelagem razoável de obras jurídicas. O número de cursos, seminários, congressos, simpósios, palestras e debates auxilia a divulgação de uma ponderável construção teórico-doutrinária e jurisprudencial. Não padece de falta de erudição o grande corpo dos *operadores jurídicos* no Brasil de nossos dias.

A única efetiva deficiência da área jurídica é a conduta ética exigível a quem se propôs estudar *o que é direito*. Ética é a matéria prima de que se ressente a nacionalidade. Em todos os setores. Mas se em muitos destes essa carência é compreensível, não se admite esgarçamento moral nas carreiras jurídicas.

Ética precisa passar a ocupar o nicho reservado aos grandes temas nacionais. Esta é uma exigência urgente daquilo que sobrou do que um dia foi a prestigiada *razão humana*. Toda vez que alguém se porta com correção moral está a afirmar de maneira livre a própria essência de ser humano, para Antonio Millán-Puelles a "Condição de seres que, não obstante pertencerem ao gênero animal, têm *razão*, a qual possui também uma dimensão prática. A razão não é só uma faculdade especulativa. (...) Uma boa parte da filosofia analítica – a de corte positivista ou neo-positivista – havia reduzido a ética à lingüística da moralidade e o papel da razão, no que se refere à análise da conduta moral, o haviam reduzido a uma análise da linguagem ética."[19]

Com esse reducionismo, continua o autor, "a ética não seria, segundo estes analistas, uma disciplina normativa, nem uma reflexão sobre a validez ou invalidez do que chamamos comportamento moralmente correto, senão simplesmente um estudo da linguagem ética, um

18. Dados de maio de 2007 e, com certeza, acrescidos de novas autorizações para abertura e funcionamento de outros Cursos Jurídicos no decorrer dos próximos meses.

19. MILLÁN-PUELLES, Antonio. *Ética y realismo*. 2. ed. Madrid: Rialp, 1999, p. 19-20.

estudo das palavras *reto*, *incorreto*, *moral*, *imoral*, *direito*, *dever*, *obrigação*; quer dizer, uma análise da linguagem, mas sem tomar partido."[20]

Ainda com esses limites, seria extremamente saudável propiciar debates entre os operadores jurídicos sobre o efetivo alcance desses vernáculos. Qual o lugar que ocupam em suas cogitações. Qual a importância que eles têm na concreta tomada das decisões postas sob sua apreciação.

Seria o início para uma redescoberta da relevância da ética no desempenho de todas as funções públicas. Trilha para a retomada de uma ética em sentido comprometido. A realidade mostra não ser suficiente a prática de atos tecnicamente úteis, mas muito mais completo a realização de atos moralmente qualificáveis. Nessa trajetória talvez fosse novamente prestigiada a combalida *razão humana*. Pois "é um evidente acerto reconhecer que a razão tem direitos na configuração da vida do homem, não só para fazer um estudo da física ou da química ou da biologia. Também tem que ser orientadora do comportamento."[21]

Não é racional a submissão de *todas* as questões humanas à resolução técnica do direito. Nem oferecer soluções meramente processuais para temas impregnados de densidade trágica. Nem estar satisfeito – ou preocupado apenas com questões remuneratórias e corporativistas – enquanto a iniqüidade se espraia e chega a causar surdez moral o intenso clamor dos desesperados.

Atuar preventivamente levaria as cúpulas das carreiras jurídicas – e as Corregedorias e entes similares de maneira enfática – a investirem na *formação moral continuada*. A *educação convencional continuada* já atingiu o consenso. Ninguém se recusa a perseverar no estudo incessante. Os avanços da tecnologia, o desenvolvimento da informática e das comunicações impõe a qualquer humano deste século XXI *atualizar-se ou perecer*. Isto já foi bem apreendido e rende frutos sensíveis.

O que impede fazer o mesmo em termos de *moralidade* ou *ética profissional?*

A prática correcional mostra as entidades de fiscalização meramente *reativas* a denúncias formuladas por prejudicados. Ao se tomar providências, quanta vez se constata que o infrator já ultrapassou os limites do tolerável. A falibilidade das sindicâncias, os entraves já mencionados no

20. Millán-Puelles, Antonio. *Ética y realismo* cit., p. 20.

21. Idem, ibidem.

falso coleguismo ou do injustificável *temor reverencial*, põem toda a sorte de empecilhos à apuração das faltas e à imposição da pena disciplinar. Corretivo para o faltoso, mas com efeito disseminador de uma pedagogia ética. Condutas análogas são inibidas se a resposta vier célere e inflexível. Essa a grande escola de recondução dos desviantes ao caminho reto.

Por que não cuidar do *ser humano* profissional antes de fazer incidir sobre ele o rigor da normativa? Por que não treiná-lo ao bom uso de sua autoridade, ao correto desempenho de suas atribuições, de maneira a construí-lo como ser perfectível, em crescente e contínuo aprimoramento?

Algumas escolas filosóficas atribuíam o erro à ignorância. O mal só o é porque desconhece o bem. Por que não mostrar o bem a quem parece inclinar-se para o mal? Situação que tenderá a consolidar se não vier a ser obstado a tempo oportuno?

Ganharia a Justiça e ganharia a sociedade se o estudo e a prédica das virtudes viesse a ocupar o monopólio do aprofundamento técnico. Virtudes quais a *prudência*, que tem tanto em comum com a Justiça. Não fora nela calcada a expressão *júris prudência*. O direito aplicado com prudência. Com sensatez. Com honestidade de propósitos.

Nesse sentido, prudência, para Millán-Puelles: "Em seu sentido clássico, é a virtude de aplicar bem os princípios gerais aos casos concretos, individuais, circunstanciados, situacionados. Dito de outra maneira: o prudencialismo é a única moral da situação ainda admissível. Muito antes de que em nosso século surgisse a chamada 'moral de situação', havia já uma moral de situação muito mais sólida e profunda, que é o prudencialismo: a afirmação da necessidade da virtude da prudência, saber – que se aprende, também a virtude se aprende, porque implica já um uso da inteligência – aplicar a norma geral ao caso individual ou concreto."[22]

Profissionais do direito são seres humanos vulneráveis, mas perfectíveis. Precisam ser orientados, guiados e aconselhados, antes de serem fiscalizados, controlados e punidos. Se a punição do faltoso desestimula a prática de outras faltas, a orientação permanente e voltada a todos os integrantes de uma carreira poderão obviar a necessidade da imposição da sanção. Pois muitas faltas terão sido evitadas mediante esse proceder preventivo.

22. Millán-Puelles, Antonio. *Ética y realismo* cit., p. 86.

Valeria a pena insistir nessa experiência do *aconselhamento moral*, de forma institucionalizada, consistente e prévia à instauração de procedimentos administrativos. Inevitáveis quanta vez. A transmissão de valores, não apenas a transmissão de informações, pode conferir a todas as profissões do direito, nível qualitativo de proficiência maior do que o mero exercício do poder corretivo.

Acreditar no ser humano, antes de constatar a necessidade de sancioná-lo, poderá revelar-se gratificante experiência: "Isto é consolador, porque a perfectibilidade moral do homem é, em princípio, indefinida, o que quer dizer que nunca teremos esgotado a possibilidade de nos aperfeiçoarmos. Mas isso, por sua vez, requer uma retificação constante da conduta."[23]

Uma lição de humildade pode se extrair da realidade incontestável de que não há garantias para uma *eterna conduta irrepreensível*. Nesse sentido, a *razão correta* pode ser traduzida como *razão corrigida*. São as sucessivas correções que vão depurar uma figura moral.

"O habitual bom comportamento ético da pessoa não é algo que se logra em um momento; é algo que se vai adquirindo. E isso é confortador: o pensar que, posto que alguém se equivoca muitas vezes, graças a uma *ratio correcta* – na medida em que é corrigível – pode-se ir prosperando na própria estatura moral e configurá-la, cada vez mais depurada e cada vez mais acendrada, mais limpa e conforme com a dignidade nuclear, ontológica, essencial que como pessoa humana cada um possui."[24]

A tentativa de se reduzir o número de infrações éticas, hoje tão freqüentes e tão diversificadas, justificaria a mudança de postura das entidades fiscalizatórias e correcionais. Além do compromisso com uma concepção menos melancólica da natureza humana – preordenada a sempre incidir no erro – seria um exercício de realismo otimista. Realismo por enfrentar situação de irrecusável evidência na sociedade brasileira contemporânea[25] e a gerar perplexidade em grande parte da população. Otimismo porque identifica nessa estratégia uma co-partici-

23. Millán-Puelles, Antonio. *Ética y realismo*, cit.

24. Idem, ibidem, p. 87.

25. A revista *Isto é* de n. 1.958, 09.05.2007, publica a reportagem "Justiça no Banco dos Réus", de Rodrigo Rangel, a noticiar mais de 600 investigações a envolver juízes. O "mapa do escândalo" reflete uma parte das investigações, com enunciação de todos os tribunais que não prestaram informações ao periódico. A reportagem critica a impunidade e a perplexidade da Nação

pação efetiva e eficaz do próprio potencial infrator. Afinal, está presente a presunção de uma razão que se corrige: "auto-corrige ou *hetero-corrige*, por si mesma ou por iniciativa alheia, mas sempre em definitivo porque quer deixar-se corrigir".[26]

O controle repressivo sempre foi muito criticado. Não por sua força dissuasória mas por sua ineficiência. Talvez tenha chegado o momento de se exercer o controle preventivo. Ambos não se excluem, mas se complementam.

Uma última palavra a respeito das reiterações de condutas infracionais atribuídas a membros de tribunais ou integrantes de outras instituições prestigiadas como o Ministério Público ou a Polícia Federal.

Existem mecanismos – ainda que deficientes – de apuração das responsabilidades de agentes da autoridade. Lembra Benjamin Zymler que "a evolução social, por meio de processos de neutralização simbólica, concebeu a expectativa de que algo ocorra de acordo com o que prevê uma norma. Essa expectativa está estabilizada em termos contrafáticos, ou seja, a ocorrência de um fato em desacordo com a norma não induz a perda de validade desta".[27]

Mesmo diante dos descalabros, do déficit de credibilidade e do desalento, é importante insistir na correção de rumos. A começar pela correção das condutas.

Utopia? Pode ser. Mas já está no momento de fazer ressurgir a utopia, sob pena de se afligir ainda mais a aflição humana em um século que começou turbulento e imprevisível.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BADIOU, Alain. *L'éthique – Essai sur la conscience du Mal*. Paris: Hatier, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito Público* 61, 1982.

ante o fato de que muitos dos punidos continuam a receber remuneração paga pelo povo.

26. MILLÁN-PUELLES, Antonio. Op. cit., p. 87.

27. ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Brasília-DF: Forum, 2005.

GUARIGLIA, Osvaldo. *Uma ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos em um tiempo posmetafísico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica de Argentina S/A, 2006.

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, Lei Complementar federal 35, de 14.03.1979.

MILLÁN-PUELLES, Antonio. *Ética y realismo*. 2. ed. Madrid: Rialp, 1999.

PINSKY, Jaime. *O Brasil no contexto-1987-2007*. São Paulo: Contexto, 2007.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: UnB & TCU, 2006.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Brasília: Fórum, 2005.

3
Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?

LENIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito (Lisboa/Portugal). Doutor e Mestre em Direito (UFSC). Procurador de Justiça (RS).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Filosofia do Direito

RESUMO: O presente artigo busca discutir a (des)necessidade de uma teoria para a elaboração de precedentes judiciais. Isto porque, com o advento do império das súmulas vinculantes, é preciso resistir às tentativas de repristinação das teses do Círculo de Viena, que tornam o Judiciário refém de proposições jurídicas com pretensões universalizantes, à revelia do contributo que a virada lingüística trouxe para a teoria e a filosofia jurídicas contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVE: Súmulas vinculantes – Precedentes judiciais – Interpretação e aplicação do direito – Positivismo jurídico – Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT: This paper seeks to discuss the (un) necessity of a theory to elaborate judicial precedents, due to the fact that with the advent of the empire of binding judicial precedents, it is necessary to resist to the attempts of repristination of the Vienna Circle's thesis, which turn the judiciary into a hostage of legal propositions with universalizing intentions, that disregard the contribution that the linguistic turnaround brought to theory and to contemporary legal philosophy.

KEYWORDS: Binding judicial precedent – Judicial precedent – Interpretation and enforcement of law – Legal positivism – Philosophical hermeneutics.

SUMÁRIO: 1. Notas preliminares – 2. Discutindo a (des)necessidade de uma teoria para a elaboração de precedentes judiciais: o exemplo da Súmula vinculante 11 do STF – 3. O "direito judicial" não é produto de induções ou deduções do "direito legislado", mas de uma "aplicação" que se dá no interior do círculo hermenêutico – 4. O problema (filosófico) da "abertura semântica" e a *ratio decidendi* – 5. A súmula sobre a "prova escrita" e a questão da "exatidão lingüística" – 6. O exemplo da Súmula vinculante 11 do STF – 7. A (in)utilidade da Súmula vinculante sem uma técnica específica para a redação de preceitos normativos jurisprudenciais – 8. Uma teoria para a elaboração do precedente judicial oblitera a hermenêutica jurídica – 9. À guisa de conclusão – Referências bibliográficas.

1. Notas preliminares

O advento do "império das súmulas vinculantes" tem gerado reações das mais diversas. De um lado, os críticos sistemáticos das súmulas, sustentando que estas constituem um mal em si mesmo; de outro, os críticos das súmulas, mas que, paradoxalmente, advogam uma *exatitude* do texto sumular; há ainda aqueles que, sem serem críticos das súmulas e tampouco defensores *stricto sensu*, sustentam a necessidade de uma teoria dos precedentes. Estas reflexões não pretendem enfrentar defensores ou críticos das Súmulas vinculantes, mas, sim, *dialogar com os setores da doutrina preocupados com o fato de que as Súmulas são excessivamente vagas e abertas*, debate que se tornou mais forte com o advento da Súmula 11, conhecida como a "súmula das algemas". Paradigmaticamente, trago para o debate minha posição sobre recente artigo da lavra do doutrinador Fredie Didier, publicado no seu *site* (<www.frediedidier.com.br> – editorial n. 49), em que faz uma critica à técnica de elaboração dos precedentes. Reproduzo o texto, conciso, mas profundo:

"O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a 'jurisprudência dominante' (art. 557, CPC), a 'súmula impeditiva de recurso' (art. 518, § 1.º, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988).

A principal característica do 'Direito Judicial' é a de que a sua produção se faz por indução. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa *criar*, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que *fundamenta* a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso

concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve* ser seguido pelo órgão jurisdicional.

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de acepção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Um exemplo pode vir a calhar (...). Infelizmente, essa técnica de elaboração do precedente judicial não foi observada pelo STF, ao editar o n. 11 da sua súmula vinculante (...) Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga ('fundado receio de fuga', 'perigo à integridade física própria ou alheia', 'justificada a excepcionalidade por escrito' etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras *súmulas concretizando* o disposto no enunciado n. 11.

A 'súmula vinculante', cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de 'determinadas situações típicas', neste caso terá pouca serventia. Não quero entrar, neste momento, no mérito da questão do uso ou não de algemas, até porque não sou especialista no assunto. A minha preocupação é com a má-técnica do STF na formulação do precedente, que é vinculante. O STF deve lembrar que o 'papel normativo' da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser 'sumuladas', exatamente porque, em razão das suas peculiaridades concretas, devem sempre ser examinadas *a posteriori*.

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de 'redação do preceito normativo jurisprudencial', a *ratio decidendi*, a 'norma jurídica geral' construída a partir de casos concretos."

Pela importância do artigo em tela – e seu ineditismo – considerei necessário apresentar um contraponto, demonstrando os pontos que considero equivocados. Penso que, em tempos de pós-positivismo, tentativas de estabelecer "exatidões de linguagem" e "interpretações isomórficas" devem ser enfrentadas de imediato, mormente quando o dia-a-dia do Judiciário cada vez mais se torna refém de proposições jurídicas com pretensões universalizantes. Ponto a ponto, item por item – embora não na mesma ordem do texto original – apresento a seguir minhas objeções a isso que considero uma tentativa de repristinação das velhas teses neopositivistas do Círculo de Viena.

2. Discutindo a (des)necessidade de uma teoria para a elaboração de precedentes judiciais: o exemplo da Súmula vinculante 11 do STF

O mote do texto de Didier é uma veemente crítica à "técnica de elaboração do precedente", tendo como pano de fundo a Súmula vinculante 11.

Penso que o problema já começa no epíteto "técnica de redação de precedente". Na verdade, Didier anuncia uma crítica à redação de uma súmula como sendo dirigida à "redação do precedente judicial". Porém, súmula não é *precedente*. Um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser *caso*, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam "comuns" ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas esteja no fato de o *texto* ser diferente da *norma*, questão já discutida à saciedade por autores como Friedrich Müller e Eros Grau, cuja temática central retrabalhei à luz da *ontologische Differentz* (diferença ontológica), que, ao do *hermeneutische Zirkel* (círculo hermenêutico), são os pilares da hermenêutica filosófica. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma.

Outro problema reside no fato de que a experiência das súmulas possibilita que o STF seja ao mesmo tempo o criador do texto e seu aplicador/concretizador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação do texto sumular pelos tribunais inferiores. Talvez por isso as Súmulas vinculantes representem uma contradição *do* e *no* sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação das súmulas vinculantes. São, pois, "quase ordenanças" com valor de lei.

Sendo mais claro: a súmula vinculante está para o judiciário assim como a medida provisória está para o executivo. Essa afirmação pode parecer um tanto quanto provocativa – num primeiro momento – mas merece ser enfrentada para sabermos até que ponto a súmula pode comprometer as instituições democráticas criadas pela Constituição de 1988.

A história da Medida Provisória é conhecida. Sua nomenclatura, pode-se registrar, provém de Carl Schmitt[1] e da distinção feita por ele entre *lei* e *medida*. Essa distinção visava justificar o poder do presidente do *Reich* para decretar ordenanças com valor de lei (baseado no art. 48, n. 2 da Constituição de Weimar). Para isso, construiu a tese de que as disposições do legislador extraordinário (Presidente do *Reich*) *ratione necessitatis* eram medidas substancialmente diferentes das leis editadas pelo parlamento. Ao permitir a emanação de atos com valor de lei de um poder executivo, *teríamos a coincidência simultânea da criação da lei e da execução da lei*. Por esse motivo, Schmitt chamou esse tipo normativo de *lei-medida*, para diferenciá-la da lei *stricto senso*. Ou seja, *por razões de necessidade*, era possível que a criação e a execução da disposição normativa tivessem origem na mesma função do poder estatal (no caso, a função Executiva).

Pergunto, então: não haveria uma similaridade desta situação vislumbrada por Schmitt com a situação que vivenciamos na experiência das Súmulas? Afinal, também aqui não há uma coincidência entre o órgão criador da disposição normativa e aquele responsável pela sua aplicação/concretização? Sendo mais claro: o STF é o órgão responsável pela criação dos textos sumulares e, ao mesmo tempo, tem a competência constitucional (§ 3.º do art. 103-A da CF) de julgar as reclamações decorrentes de atos administrativos ou jurisdicionais que estiverem em "desacordo" com a súmula por ele editada. Trata-se de um caso singular – e sem precedentes no direito – de verdadeira "interpretação autêntica", uma vez que o próprio órgão que criou a Súmula vinculante irá dizer qual é sua (correta) interpretação.

Não se olvide que a justificação para a outorga desse poder ao judiciário está (e sempre esteve) baseada na *necessidade* de diminuição das demandas repetidas, algo que já foi chamado de "racionalização do judiciário". No fundo, a construção democrática do direito no âmbito do parlamento vai sofrendo – progressivamente – um arrocho cada vez mais

1. Cf. SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

agudo, ora pela atividade legiferante do Executivo, ora pela atividade – em última análise também legiferante – do Judiciário, num achatamento institucional próprio dos tipos de democracia que Guilhermo O'Donnell classifica como *Delegativas*.

Em suma, o adágio que serve de mote para as reflexões de Giorgio Agamben sobre o Estado de Exceção – que por sua vez também estão relacionadas às posturas schimittianas – como paradigma de governo do nosso tempo ("Necessidade não tem Lei"), permanece latente em toda a discussão travada acima. Em meu *Verdade e consenso*,[2] denomino essa problemática de "Estado de Natureza hermenêutico", isto é, as Súmulas vinculantes nada mais são do que uma resposta a esse "Estado de Natureza", que, por isso mesmo, exige mecanismos de exceção. Resta saber se este estado de natureza, nos termos que o descreve Agamben, não acabará nos arrastando para um Estado de Exceção permanente.

Em síntese, Súmulas vinculantes não são precedentes porque – e a distinção nos vêm de Castanheira Neves – há uma diferença entre *caso julgado*, *precedente* e *súmulas* (no caso de Castanheira, assentos). No *caso julgado*, têm-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que, a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema; Já no *precedente* – também oriundo de um julgamento concreto – tem-se a instituição de um novo paradigma (uma *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões. Todavia, essa "aplicação" em outros casos similares, não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram *sub judice*.

Agregue-se que a regra do precedente (ou *stare decisis*) vigentes no sistema norte-americano[3] se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer continuar *com as coisas decididas e não mover as coisas quietas*. O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei,

2. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

3. O que se nota é uma confusão feita acerca do significado e alcance dos precedentes no direito norte-americano. A doutrina, ao que parece em sua expressiva parcela, mostra nítida inspiração em René David, o que prejudica a compreensão do direito dos EUA.

e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Portanto, também nos EUA – e não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são *feitos* para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental. Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados *gerais e abstratos* – características presentes na lei – que são editados visando à "solução de casos futuros".

Dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas *dessemelhanças* com os precedentes: (a) O efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (arts. 102, § 2.º e 103-A da CF); (b) a instituição do efeito vinculante tem como finalidade *barrar* novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); (c) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata,[4] infligindo área de competência do legislador (art. 5.º, II, da CF). Este último fator demonstra a *incompatibilidade genética* entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria da lei.

É importante anotar, com Dworkin, que houve no direito Inglês e norte-americano um período entre o final do século XIX e início do século XX em que os tribunais tentaram desenvolver *uma técnica canônica de aplicação dos precedentes* de modo que fosse possível extrair de um *case*

4. Daí a pergunta: não será direito do cidadão que o seu caso seja analisado nas suas especificidades? Não se pode olvidar que a Constituição estabelece que os recursos especiais e extraordinários representam *causas* e não apenas *teses* jurídicas abstratas. Ver, para tanto, Bahia, Alexandre. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à Jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no *Congresso Nacional Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

uma regra específica, abstrata e que pudesse ser aplicada dedutivamente a casos futuros (numa experiência, esta sim, muito próxima daquela experimentada no caso das súmulas brasileiras; será isso que Didier propõe?). Porém, relata Dworkin, *essa tendência foi logo suplantada pela tradição que continuou a olhar para o precedente do modo como ele sempre foi articulado*, ou seja, a partir da decisão concreta do caso, nos termos descritos acima. Quero dizer que não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim os casos futuros é que vão estabelecer qual a medida de relevância do caso que gerou o precedente. Como afirma Dworkin "em algumas ocasiões um juiz reconhece abertamente que cabe aos casos posteriores determinar as conseqüências plenas do caso por ele decidido".[5]

Tudo isso, pode ser resumido no seguinte enunciado: casos julgados e precedentes são formados para resolver casos concretos e, no caso dos precedentes, eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos – características presentes na lei – que são editados visando a solução de casos futuros. No fundo, o caso paradigma é o que menos importa para a edição de uma súmula.

3. O "DIREITO JUDICIAL" NÃO É PRODUTO DE INDUÇÕES OU DEDUÇÕES DO "DIREITO LEGISLADO", MAS DE UMA "APLICAÇÃO" QUE SE DÁ NO INTERIOR DO CÍRCULO HERMENÊUTICO

O autor afirma também que "a principal característica do 'Direito Judicial' é a de que a sua produção se faz por *indução*. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa 'criar', a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que 'fundamenta' a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve* ser seguido pelo órgão jurisdicional".

Parece equivocado, nesta quadra da história – e no campo jurídico – continuar-se a invocar a lógica clássica como modelo fundante da decisão judicial em pleno século XXI. O direito não se produz por

5. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 172-173.

indução, nem por *dedução*, mas por aplicação (pensemos sempre na *applicatio* gadameriana, que sustenta, a partir da *Vorhabe*, *Vorgriff e Vorsicht*, a antecipação de sentido que supera, a partir do círculo hermenêutico, a velha relação sujeito-objeto). Não se determina algo universal a partir de algo particular, assim como não se determina algo particular a partir de algo universal. E o órgão jurisdicional não "cria normas jurídicas gerais". A *ratio decidendi* (ou, nos EUA, a *holding*) não é isso, mas, ao contrário, é a fundamentação dada pelo juiz para a resolução do caso concreto, e que só poderá ser invocada no futuro (para caso diferente) na medida em que os casos mantenham um padrão de identificação.

Por isso, embora alguns jusfilósofos como Neil MacCormick digam que a *ratio decidendi* seja exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da "questão de fato"[6] (será isso que Didier deseja para as Súmulas vinculantes?), é inevitável que ela seja inseparável dos fatos que lhe deram origem. A "exigência hermenêutica", segundo Gadamer,[7] é justamente a de "compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido".

4. O PROBLEMA (FILOSÓFICO) DA "ABERTURA SEMÂNTICA" E A *RATIO DECIDENDI*

Outra tese sustentada por Didier é que a *ratio decidendi*, "porque produzida a partir do caso concreto, não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, ponham-se termos de sentido vago". E neste ponto Didier é taxativo, quando afirma: "a vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de acepção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros".

Aqui o equívoco de Didier se localiza no fato de considerar negativo para o direito a utilização de palavras *vagas*. Ora, as palavras não se dividem em categorias como *vagas* e *precisas*. Na redação de qualquer texto é impossível escolher termos *precisos* que garantam a inexistência

6. Cf. MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 224.

7. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen. Hermeneutik*. I. Tübingen: Mohr, 1990.

de *dúvidas* quanto à sua aplicação futura. Aliás, este é um equívoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios "abrem a interpretação", face sua "abertura semântica" (sic). Ora, de há muito venho sustentando que os princípios "fecham a interpretação", isto é, do mesmo modo que nas alegações de Dworkin contra o discricionarismo de Hart, os princípios, por serem normas, têm a função de evitar o discricionarismo e não incentivá-lo. Por isso os princípios não são mandados de otimização, como equivocadamente diz Alexy. Até jusfilósofos de *corte positivista* como Luigi Ferrajoli rejeitam a tese de "abertura semântica dos princípios", *verbis*: "Por muito que sejam vagos e estejam formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem em todo o caso para aumentar a certeza do direito, uma vez que limitam o vai e vem das possíveis opções interpretativas, obrigando aos juízes a associar às leis unicamente os significados normativos compatíveis com aqueles".[8]

Em outras palavras, não há clareza que dispense a interpretação. E, mesmo que Didier tivesse razão, faltaria explicar por que motivos a lei deveria ser formulada em termos que (ao contrário do precedente) *favorecessem* o surgimento de dúvidas. Só se fosse para dar discricionariedade ao intérprete, o que também denuncia uma postura positivista (no sentido do debate Dworkin-Hart,[9] evidentemente). Na verdade, o

8. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia.* Madrid: Trotta, 2006, p. 67.

9. O positivismo pode ser traduzido pelos seguintes aspectos (suas teses centrais): (a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito; (b) que a validade de uma norma independe de sua *validade* moral; trata-se, pois, da separação entre direito e moral (secularização); (c) que as normas jurídicas de um ordenamento não *cobrem* todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá *casos difíceis* que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder *delegado* aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o "ovo da serpente do positivismo contemporâneo", embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen *desiste* de enfrentar o problema dos *casos difíceis* (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um "ato de vontade" (daí se falar do "decisionismo kelseniano"). Já Hart confia plenamente

redator de qualquer texto deve procurar evitar o surgimento de dúvidas, embora se saiba, desde Schleiermacher,[10] que "o mal-entendido se produz por si mesmo e a compreensão é algo que temos de querer e de procurar em cada ponto".

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as Súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, isso apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a *degradação semântica* (sic). Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar *no próprio texto* uma *essência* que permita dizer qual seu *real significado*. É como se o texto contivesse uma *textitude*. Ou seja, "fica-se nos domínios do texto".

Em tempos de produção democrática do direito, a "criação jurisprudencial do direito" deveria ser olhada de soslaio. Aliás, o debate poderia render muitos frutos se se procurasse olhar para o problema dos limites do ato judicante na perspectiva de problematizar a legitimidade e a validade das decisões judiciais. Veja-se, v.g., a falta ou a deficiência de fundamentação das decisões. O Brasil é o único país que possui *embargos declaratórios*,[11] que é um recurso "pequeno gnosiológico" *feito para salvar decisões mal fundamentadas*, que, na verdade, são nulas, exatamente por não obedecerem o art. 93, IX, da CF. Despiciendo maiores comentários à invenção dos "embargos de pré-questionamento" ou, ainda, os "embargos declaratórios com efeitos infringentes" (sic). Isso é um sintoma grave.

nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal "escolha" se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre "discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto".

10. Ver, para tanto, GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*... cit.

11. Embargos declaratórios, ao lado da relativização da coisa julgada, vício transrescisório (sic), são institutos predatórios do direito, fragilizando a autonomia do direito. Aliás, cada vez que em nome de discursos morais, políticos ou econômicos – igualmente predatórios – se justificar uma "correção do direito", estar-se-á enfraquecendo aquilo que se quer preservar.

Há que se ter claro que a grande viragem metodológica decorrente do novo constitucionalismo é que, agora, os juristas conseguiram o acesso ao *locus* decisional. Só que a cindiram da legislação. A *novidade* aparece no momento em que o *fator de legitimidade* já não esgota o problema, que se estende, inexoravelmente, para o modo *como o juiz decide*. Relembremos: as teorias semânticas da legislação (positivismo) sempre reconheceram o problema das vaguezas da lei. Por isso é que Kelsen, fatalisticamente, rendeu-se ao decisionismo, pelo qual é possível decidir até mesmo fora da *moldura*; já outro positivista, Herbert Hart, apostou na discricionariedade dos juízes para resolver esse problema da *abertura semântica*. Observemos como a dogmática jurídica conseguiu fazer *um mix* com as teses dos três maiores positivistas: de Kelsen, o decisionismo; de Hart, a discricionariedade; de Ross, o positivismo fático, um realismo que se afina até hoje com o ideário dos *Critical Legal Studies*. Resultado disso? *Um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para a arbitrariedade.*[12] E quem sustenta isso é o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solispista (*Selbstsüchtiger*) produz o

12. Na linha de Dworkin em seu debate com Hart – e com os acréscimos que proponho a partir da hermenêutica filosófica – venho sustentando de há muito que a discricionariedade é incompatível com a aplicação da lei no Estado Democrático de Direito (em especial no que pertine à jurisdição constitucional). O "problema da discricionariedade" é extremamente grave, podendo até mesmo ser aproximado da administração burocrática de regimes totalitários, como foi o caso da Alemanha nazista. Nesse sentido, há uma passagem interessante no livro "As Benevolentes" de Littell. É sobre o *Führerprinzip*. "Que as ordens sejam sempre vagas, é normal, inclusive deliberado, e isso decorre da própria lógica do *Führerprinzip*. Cabe ao destinatário reconhecer as intenções do remetente e agir em conseqüência disso. *Aqueles que insistem em normas claras ou querem medidas legislativas não compreenderam que é a vontade do chefe, e não suas ordens, o que conta, cabendo ao recebedor das ordens saber decifrar e, de preferência, antecipar essa vontade*. É algo como saltar por cima da própria sombra". Por certo, isso fica muito bem na questão da *voluntas legislatoris*, mas parece evidente sua inserção no contexto da definição da discricionariedade. Aliás, levando às últimas consequências, as *voluntas* também asseveravam uma espécie de discricionariedade, na medida em que legitimavam um resultado que era aquele escolhido subjetivamente pelo intérprete. Veja-se como a discricionariedade é algo que interessa um regime burocrático totalitário que delega aos agentes do poder a possibilidade de manifestar a "vontade do poder político" – que sempre é forjada no interesse daqueles que governam – no caso concreto. E pensemos como funciona a discricionariedade judicial.

seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido.

Na verdade, é possível perceber certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Dito de outro modo: de um lado, há o *mito do dado* (metafísica clássica), em que cada coisa tem uma essência e por isso tem um sentido. Pensa-se, assim, que o intérprete é capaz de extrair da coisa sua essência, transportando-a para a sua mente, formando o conceito daquela coisa; daí que, quando o intérprete pensa sobre essa coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal. Isso ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade. Desse modo, há um algo que é *dado à nossa mente*, como se pode perceber nas Súmulas (e também na construção de conceitos *prêt-à-porter* que recheiam os livros de direito). As súmulas *carregariam*, assim, a substância de um conjunto de casos. Transportada (ess)a essência (substância) para a mente, forma-se o conceito, que é representado pelo enunciado sumular, que passa a ser *o dado*. Consequentemente, o intérprete fica assujeitado a esse dado, isto é, a esse conceito de caráter universal (pensemos nisso também na aplicação da repercussão geral pelo STF e da nova Lei dos Recursos Repetitivos – Lei 11.672/2008, pelo STJ).

Mas, por mais paradoxal que possa parecer, somos também metafísicos modernos, porque, antes da formação do *mito do dado*, ocorre a primazia do sujeito solipsista. Sua consciência é que instaura o mundo (o conhecimento é uma representação acurada, somente tornada possível por processos mentais especiais e intelegível por intermédio de uma teoria geral da representação, como bem lembra Richard Rorty). É desse sujeito (agora assujeitador) que se *constrói* o objeto do conhecimento (pensemos em Kelsen e as razões pelas quais, para ele, era necessário dualizar ser e dever ser e porque a Teoria Pura só poderia se consolidar como uma meta-linguagem sobre uma linguagem objeto). Nesse contexto, não é difícil perceber que *filosofia da consciência* e *discricionariedade judicial* (que leva à arbitrariedade) representam as faces da mesma moeda.

O resultado disso é que, aquilo que começa com (um)a subjetividade *criadora* de sentidos (afinal, quem pode controlar a *vontade do intérprete*?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um *mundo jurídico* em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém... ! Enfim, o triunfo do sujeito

da subjetividade assujeitadora. Para ser mais simples: de um lado há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (pensemos na força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo), e, de outro, uma subjetividade que assujeita o texto (e a coisa a ser designada), pelo que o texto jurídico é "apenas a ponta do *iceberg*" (prestemos, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista).

5. A SÚMULA SOBRE A "PROVA ESCRITA" E A QUESTÃO DA "EXATIDÃO LINGÜÍSTICA"

Buscando comprovar sua tese (crítica às vaguezas das súmulas e das palavras da lei), o autor utiliza o seguinte exemplo, por intermédio do qual procura demonstrar a necessidade da "exatidão lingüística": "o art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de 'prova escrita' que não tenha eficácia de título executivo. 'Prova escrita' é termo vago. O STJ decidiu que 'cheque prescrito' (n. 299 da súmula do STJ) e 'contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário' (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. Diante de casos concretos, criou 'duas normas gerais', a partir do Direito Legislado, que podem ser aplicadas em diversos outros casos, tanto que viraram enunciado da súmula deste Tribunal Superior. Note-se que a formulação destes enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência".

Malgrado o esforço de Didier, seu exemplo pode ser utilizado contra a sua própria tese. Com efeito, para ele, *prova escrita* é termo vago, e *cheque prescrito* é expressão precisa, que evita as dúvidas (sic) quanto à sua *incidência*. Porém, o cheque prescrito há 30 anos pode ser cobrado através de ação monitória? E o cheque que tenha origem em um negócio ilícito? Então os termos ainda carecem de especificação, e sempre carecerão, mesmo que, aparentemente, as palavras *abarquem* as hipóteses futuras de aplicação. O mesmo ocorre com os tipos penais. Matar alguém é um tipo fechado, pois não? Matar alguém é matar alguém... Será tão simples assim? Afinal, o que é, efetivamente, vida? Embriões são vidas? Não esqueçamos que o primeiro transplante de coração na Argentina deu margem a processo por homicídio, uma vez que o órgão é extraído ainda funcionando. A redefinição da palavra vida é que trouxe luz ao problema: a morte cerebral é o limite da vida. E assim por diante. Não podemos esquecer que a isomorfia defendida por Wittgenstein no

seu *Tratactus* foi abandonada ao escrever as *Investigações Filosóficas*. Se antes a sintaxe e a semânticas eram a condições de possibilidade de um enunciado ser científico (verdadeiro), agora é na pragmática é que se dá o *locus* do sentido. Neste ponto, lembro-me de Luis Alberto Warat, com sua Semiologia do Poder. Como exemplo, mostrava que uma mesma lei (mesmo enunciado lingüístico) vigente em dois lugares diferentes apontava para sentidos diametralmente opostos: é proibido usar biquíni na praia... em Copacabana significa uma coisa e no Pinho, em Santa Catarina (praia de nudismo), o oposto.

Há que se tomar cuidado com conceitos, que, no direito, no modo com que a dogmática jurídica trabalha com a filosofia, acabam sendo *conceitos sem coisas* (portanto, um retorno à metafísica). Ora, súmulas, que são pautas gerais, que também são enunciados, assim como a própria legislação, somente adquirem vida no momento de sua aplicação. No terreno dos exemplos, lembro de interessante caso ocorrido no Rio Grande do Sul: em um concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público, uma questão da prova preambular exigia a resposta V (verdadeira) ou F (falsa) para o seguinte enunciado: *um indivíduo nascido no México pode ser Presidente da República do Brasil.* O gabarito apontava a letra "F" como a assertiva correta; o candidato, entretanto, entendeu que o enunciado era verdadeiro. Questionada a banca, esta manteve a assertiva F como a correta, sob o argumento de que *era óbvio que alguém nascido no México não poderia ser Presidente da República no Brasil.* Com base no que apreendera nas aulas de hermenêutica jurídica, o candidato interpôs Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça, alegando que a pauta geral "um indivíduo nascido (...)" carecia totalmente de sentido, uma vez que desacompanhado da necessária contextualização. O candidato sustentou que o *enunciado* não era verdadeiro e nem falso. Isto é, o enunciado, *per se* carece de sentido! A verdade ou falsidade do enunciado (pauta geral) depende de uma situação concreta, no caso, v.g., se o indivíduo era filho de pais brasileiros e fora registrado na Embaixada do Brasil no México, para citar apenas uma das *contingências* possíveis (veja-se aqui a importância de Wittgenstein, em suas Investigações Filosóficas, para quem – e veja-se como ele abandona a isomorfia – é o *contexto de uso*[13] que determina o sentido de um texto). A argumentação foi aceita pelo Tribunal e a questão (pergunta) foi anulada.

13. E veja-se que essa é uma questão das mais simples, ou seja, para o direito, uma pragmática baseada apenas na discussão do contexto de uso dos signos

Há que se entender, portanto, que enunciados (pautas gerais) *escondem o aparecer da singularidade dos casos (situação concreta). Uma pauta geral, nas suas mais variadas formas, aplicada objetificadamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso.* É nesse exato sentido a lição de Gadamer,[14] comentando a atualidade hermenêutica da filosofia prática aristotélica: um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação.

6. O EXEMPLO DA SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF

Na sequência, contristado, Fredie Didier lamenta que "infelizmente, essa técnica de elaboração do precedente judicial (o do exemplo anterior) não foi observada pelo STF, ao editar o n. 11 da sua súmula vinculante, *verbis*: 'Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado'. Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga ('fundado receio de fuga', 'perigo à integridade física própria ou alheia', 'justificada a excepcionalidade por escrito' etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras 'súmulas' concretizando o disposto no enunciado n. 11".

Penso que a crítica é contraditória. Começa dizendo que o enunciado é muito *extenso*, depois diz que os termos são de acepção muito *vaga*. Mas se o STF resolvesse, na súmula, especificar o que significa "fundado receio de fuga", o enunciado ficaria muito mais extenso, pois não? E o autor até tem razão quando diz que a súmula "mais parece texto legislativo", *porque assim é, mesmo, e sempre foi*. Como referi anteriormente, súmulas (vinculantes ou não) têm pretensão de generalidade e abstração, como a lei. Na especificidade, o principal alvo de Didier, nessa discussão, é a Súmula vinculante 11. Ora, muito se tem dito sobre

fica restrita à analítica da linguagem, longe, portanto, do salto paradigmático dado pela hermenêutica filosófica.

14. Cf. GADAMER, *Wahrheit und Methode*... cit.

essa súmula (problemática que pode ser aplicada às demais). Por isso, sua redação sempre pareceu mais com a de um artigo ou parágrafo de lei do que com uma decisão judicial: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (n. 266 do STF); "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (n. 33 do STJ). Quem acha que as súmulas são *demasiadamente vagas* deixa a impressão de que as dificuldades de aplicação devem ser solucionadas com *outras súmulas* ou um *comentário sobre as súmulas*. Não deixa de ser sintomático que a doutrina, ao identificar complexidades no sistema, *proponha resolvê-las com mais do mesmo, ou seja, com outros modelos pré-concebidos de interpretação*. Veja-se: sempre se corre o risco de repristinar uma espécie de "neo-jurisprudência dos conceitos", forma paleo-positivista de isolar o direito do tempo e da faticidade.

De todo modo, a filosofia nos salva. Insisto: é graças a ela que não acreditamos mais em isomorfia entre texto e realidade. Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que *o precedente não cabe na súmula*. Trata-se de um *enigma* hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de *pautas gerais*. Verbetes. Enunciados. Tentativas de conceptualizações. Por tudo isso, as súmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário.

7. A (IN)UTILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE SEM UMA TÉCNICA ESPECÍFICA PARA A REDAÇÃO DE PRECEITOS NORMATIVOS JURISPRUDENCIAIS

Nessa linha de crítica à Súmula vinculante 11, meu interlocutor chega a dizer "a 'súmula vinculante', cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de 'determinadas situações típicas', neste caso terá pouca serventia. Não quero entrar, neste momento, no mérito da questão do uso ou não de algemas, até porque não sou especialista no assunto. A minha preocupação é com a má-técnica do STF na

formulação do precedente, que é vinculante. O STF deve lembrar que o 'papel normativo' da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser 'sumuladas', exatamente porque, em razão das suas peculiaridades concretas, devem sempre ser examinadas *a posteriori*".

Se Didier não quer entrar no mérito da matéria sumulada, também não entrarei. Apenas comento a sua crítica, que, de novo, faz confusão entre súmula e precedente. E é incompreensível o que ele quer dizer com situações que devem ser "examinadas *a posteriori*". A rigor, todas as situações são examinadas pelos tribunais *a posteriori*, mas as regras que sobre elas incidem devem ser prévias. E esse é, para o bem ou para o mal, o objetivo de qualquer súmula: deixar posto de antemão aquilo que o tribunal estabelece sobre determinado assunto, para que não tenha de analisar cada situação diferente e dizer sobre ela *a posteriori*. Todas as situações têm "peculiaridades concretas" e, se fosse por isso, nada poderia ser *sumulado*.

Aqui é necessário um alerta: embora crítico das súmulas desde a edição de meu livro "Súmulas no direito brasileiro: eficácia poder e função", tenho sempre sustentado que as súmulas não são um problema ou um *mal em si*. Podem ser importantes para colocar o *selo jurídico* em conquistas hermenêuticas. *Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito (Dworkin) e a institucionalização de uma tradição (Gadamer)*. Portanto, o problema não está no fato de o sistema jurídico ter ou não mecanismos vinculatórios. Esta é a contradição secundária do problema. Registre-se: desde a Lei 8.038/1990 as súmulas servem para obstaculizar recursos. Assim, de algum modo, já vinculavam e continuam vinculando. A diferença é que agora existe, para a Súmula vinculante criada pela EC 45/2004, o mecanismo da reclamação. Aliás, nem vou falar aqui das demais súmulas que estão no *sistema*; são milhares – *o que fazer com elas?* Se formalmente só as súmulas do STF são vinculantes, as demais são de "segundo nível"?

Numa palavra: na verdade, quem transforma a Súmula vinculante em um *mal em si* são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da *questão de fato*. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como

respondo a isso? Com uma "exigência hermenêutica" que se traduz na frase de Gadamer: só podemos "compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido".[15]

Esclarecendo melhor esse ponto: venho insistindo há muito tempo que texto e norma não são *colados*, nem cindidos. A questão de direito, que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos), será sempre uma questão de fato e vice-versa. Por isso – e nisso reside o equívoco de setores da doutrina – é impossível transformar uma súmula em um "texto universalizante". Insisto: isso seria voltar à filosofia clássica-essencialista. É preciso entender que a "aplicação" de uma súmula não pode ser feita a partir de um procedimento dedutivo. Que as súmulas são textos, não há dúvida. *Só que "esse texto" não é uma proposição assertórica.* Portanto, não pode ser aplicada de forma irrestrita e por *mera subsunção* ou por *dedução*. No paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução.

8. Uma teoria para a elaboração do precedente judicial oblitera a hermenêutica jurídica

A tese principal defendida por Didier aparece efetivamente na parte final, quando diz: "Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de 'redação do preceito normativo jurisprudencial', a *ratio decidendi*, a 'norma jurídica geral' construída a partir de casos concretos".

A existência (ou exigências) de técnicas acerca de como redigir precedentes judiciais, numa espécie de ciência judicativa de formação indutiva, oblitera, intencional ou culposamente, a hermenêutica jurídica. Vale dizer, se o direito legislado consiste na ambiência natural dos termos indeterminados, a exigir que a formulação da regra geral da *ratio decidendi* especifique aqueles vocábulos abstratamente vagos, de acordo com a situação concreta decidenda, como esperar que referida concretização ultime resultados generalizantes? Ora, repristina-se aqui metodologia de antanho, cuja estrita ou mecânica vinculatoriedade, de idêntica eficácia ao positivismo legalista, apenas desloca-se do plano

15. Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode*... cit.

legislativo ao judicial. A cisão entre interpretação e aplicação, tão bem repudiada por Gadamer,[16] restou acatada no empreendimento dúplice – e compartimentado por etapas – de, primeiro, acionar a norma jurídica geral que serve de fundamento ou critério ao dispositivo invocado na aplicação judicial para, então, se obter a individualizada norma particular de resolução do caso.

A perspectiva de indução, ademais, faz ressurgir pressuposto metafísico de idealização epistemológica linear entre sujeito e objeto (S-O), na medida em que, do particular ao geral, em algum momento arbitrariamente escolhido (a indevida passagem do ser ao dever-ser, conforme David Hume), a Súmula vinculante, calibrada de elementos totalmente detalhados, sonega a diferença ontológica (*ontologische Differentz*) vindoura, mais uma vez realçando os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) em prioridade aos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*). Retumba contradição inequívoca no texto ora ilustrado: *como poderá vincular casos futuros expediente que, de tão minuciosamente descrito, nada poderá abarcar?*

As súmulas, ou a jurisprudência, vinculam tanto mais quanto mais fundamentadas sejam as suas decisões, ou razões decisórias, num receptáculo de orientação povoado não por uma lógica matemática, mas por uma justeza hermenêutica tributária da razão prática, num *continuum* de procedência atestado mediante pautas de equanimidade. O exemplo citado por Didier (*prova escrita*) vinga, exatamente, porque os tribunais anuíram a exemplos desse quilate (enfim, que possam ser enquadrados como tal), nada obstante isto não infirmar outros documentos doravante reconhecidos naquela estirpe.

Quanto ao uso das algemas, o verbete sumular preconizou prudência no manejo de dita reserva, contando com o contributo de responsabilidade futura do intérprete que tiver diante de si semelhante impasse. Como se trata de um enunciado – e isso já foi debatido em linhas anteriores – este somente alcançará sentido em face de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido aos (vazios) enunciados. Dito de outro modo, se a Súmula vinculante 11 deu "nome aos bois" – apontando com isso, de forma geral, para a exigência de prudência no uso das algemas e consequente respeito aos

16. Idem.

direitos fundamentais – é necessário, agora, dar "bois aos nomes", isto é, fornecer *casos concretos* aos enunciados, já que o enunciado só existe (possui sentido) no caso concreto e este só possui existência naquilo que o enuncia (que lhe dá sentido). É por isso que a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência).

De efetivo, a Súmula vinculante 11 veio para retirar a *discricionariedade* – para não falar em outra coisa – da subjetividade do *algemador*. É equivocado – para não dizer inútil – tentar conceituar (dar o sentido *exato* de) cada vocábulo do enunciado sumular. *Os casos que exigem (ou não) o uso de algemas definitivamente "não cabem na súmula"*. Assim como as inúmeras hipóteses de agressões injustas não "caberão" no conceito de "injusta agressão" para caracterizar a legítima defesa. Será um longo trabalho para construir uma tradição (no sentido de que fala Gadamer)[17] *sobre como devemos e/ou podemos algemar alguém*. Assim como levamos vários anos para estabelecer algo que não estava no Código de Processo Penal: o prazo para a conclusão da instrução estando o réu preso. E assim por diante. A formação de significados de significantes depende de um existencial que é a temporalidade. Por isso o tempo é o nome do ser, dirá Heidegger.

Insisto: *o precedente* não cabe na súmula. Como resolveríamos o caso de aplicação de uma súmula que estabelecesse, hipoteticamente, a exemplo de um julgado recente do TRF-4.ª Reg. (Processo 2003.72.05.000103-2), que "o colarinho faz parte do conteúdo do chope"? Qual é o tamanho do colarinho? Quantos centímetros de espuma são possíveis? E mesmo que se fizesse um adendo à (essa hipotética) súmula, especificando que o colarinho somente poderá ser de um centímetro (ou dois...), ainda assim teríamos problemas como o tamanho e a largura do copo... E quanto tempo o chope deverá ficar em repouso? De que modo a dogmática jurídica resolveria tais impasses interpretativos? Mas, haveria impasses? Quais? Afinal, enunciados como "o colarinho faz parte do chope" ou, a contrario *sensu*, "o chope sem colarinho não é chope", não são claros, precisos? Não é isso que a doutrina – que acredita em isomorfia entre texto e realidade – deseja para o direito? Não querem clareza e precisão?

17. GADAMER, *Wahrheit und Methode*... cit.

Ora, aqui voltamos, inexoravelmente, à questão fulcral: o "precedente" não cabe no enunciado! As palavras de uma proposição jurídica (ou qualquer outra) não são claras e nem obscuras, precisas ou ambíguas etc.[18] Dito de outro modo – e levando em conta as "especificidades" da hipotética súmula acerca do colarinho do chope – somente a construção de significados (atribuição de sentidos) a esses significantes é que permitirá que se evite abusos por parte dos comerciantes vendedores de chope. Não haverá (assim como não há) um significado de *colarinho em si*. Não há qualquer relação ontológica (no sentido clássico) entre a quantidade permitida de espuma e a "essência" da coisa designada. No enunciado "o colarinho faz parte do chope" não estão "contidas as essências de todos os chopes com colarinho do mundo" (sic). Hermeneuticamente, a integridade e a coerência do direito exigirão que as decisões acerca da matéria contenham uma espécie de "sentido comum" (tradição autêntica no sentido gadameriano da palavra) acerca do significado do "colarinho", independentemente do tamanho do copo e do tempo de repouso do copo. Na verdade, para que uma súmula possa ser editada, haverá uma sucessão de casos, que, reconstruídos, darão azo a uma "coagulação de sentido" (é isso que é uma Súmula vinculante, em síntese). *Não há grau zero na atribuição de sentido.* Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias.[19]

18. Luis Alberto Warat costumava provocar os alunos, dizendo: "A lei é clara quando ninguém dela discorda; quando o primeiro discordar, cessa a clareza" (sic).

19. Nas palavras originais de Gadamer (*Wahrheit und Methode*... cit., p. 272: "Das verstehen kommt nun aber erst in seine eigentliche Môglichkeit, wen die Vormeinungen, die es einsetz, nicht biliebige sind. Es hat darum seinen guten Sinn, dass der Ausleger nicht geradezu, aus der in ihm bereiten Vormeinung lebend, auf den Text zugeht, vielmehr die in ihm lebenden

Sendo mais claro ainda: o que não poderá acontecer é que cada juiz, por suas convicções pessoais (argumentos morais, teleológicos etc., ou até o seu gosto pessoal pelo colarinho do chope) atribua, para cada caso, o sentido que lhe convier, a partir de um uso pragmático dos sentidos, como se o caso concreto estabelecesse a possibilidade de um "grau zero de sentido".

Outro exemplo pode ajudar ainda mais na compreensão. Imaginemos uma súmula com o seguinte enunciado: "para a aferição do conteúdo do art. 23, II, do CP, a legítima defesa não se mede milimetricamente". Embora não seja uma súmula (mas, vamos fazer de conta que seja), esse enunciado foi/é utilizado como uma "proto-súmula" (afinal, consta na *RT* 604/327, e nos principais manuais de direito penal) servindo, nas práticas dos juristas, como um álibi para provar as mais diversas teses. Como toda cultura *prêt-à-porter* que se preze, o referido enunciado tem sido simplesmente citado como se fosse uma proposição assertórica, como se nele mesmo estivessem contidas a substância de "todas as legítimas defesas que não podem ser medidas com um esquadro". Fosse um precedente no sentido norte-americano, essa *holding* somente poderia ser utilizada com força vinculativa se ficassem comprovadas as especificidades do *leading case*, e seu abandono seria possível apenas a partir de uma *distinguishing*. Não esqueçamos: lá, o precedente serve para resolver um caso passado; aqui, as súmulas (ou os demais ementários jurisprudenciais) "servem" indevidamente para resolver uma infinidade de casos futuros (novamente, *mais um elemento que aponta para a não similitude entre precedente e súmula*!). Também neste exemplo *é irrelevante a discussão acerca da vagueza ou clareza* do enunciado. As legítimas defesas e suas densificações "não cabem no enunciado". A sua aplicação depende de cada caso concreto, cujo sentido exsurgirá da reconstrução institucional dos casos que levaram a edição da súmula, como já especificado nos exemplos anteriores. A propósito: o *leading case* que sustenta o verbete "*legítima defesa não se mede milimetricamente*" é produto de um acórdão assim ementado: "Legítima defesa – Proporcionalidade entre a agressão da vítima e a reação do acusado – Inexistência de excesso no uso da excludente – Absolvição mantida" (Ap 35.248-3 – 2.ª Câm., j. 23.09.1985). E qual é o caso? O acusado, ao vislumbrar sua mulher conversando com outro homem, foi-lhes

Vormeinungen ausdrücklich auf ihre Legitimation, und das ist, auf Herkunft und Geltung prüft."

pedir explicações; segundo os autos, disse o acusado "que fora ao local apenas para conversar com sua mulher, a quem segurou pelo braço e já atravessavam a rua, sendo que ele falava alto para a mulher que ela deveria explicar-lhe o que estava ocorrendo. Aproximou-se o ofendido e disse-lhe inicialmente 'cala a boca, não faça escândalo'. Discutiram e o ofendido deu-lhe um safanão e um empurrão, depois de chamá-lo de idiota e *cornudo. Foi nesse momento que o réu reagiu descarregando sua arma contra a vítima, tendo um dos tiros atingido as costas da vítima*". Desse julgado surgiu o enunciado "legítima defesa não se mede milimetricamente (...)" (sic), que passou a ser aplicado há casos concretos de faca contra revólver, pedaço de pau contra espingarda, um simples puxar de um pente para justificar a legítima defesa putativa e até mesmo para justificar a "legítima defesa da honra" – (sic), para citar apenas algumas das hipóteses). Mais uma vez, veja-se o problema da diferença entre a aplicação de um "precedente jurisprudencial" e uma súmula, que deve ser produto de uma sucessão de casos. Este também é um tema que deve ser pautado para as discussões acerca do "direito sumular-jurisprudencial". No caso, um verbete vem funcionando há mais de 20 anos como uma "quase-súmula", sendo sua *ratio decidendi* (sic) construída à revelia das pecualiaríssimas situações do fato (na verdade, sequer houve desproporcionalidade de armas, na medida em que a vítima não portava arma de espécie alguma). Fosse uma súmula, sua futura aplicação dependeria exatamente da aferição desse DNA factual; desse caso e de outros que, em uma cadeia de casos, formataria e justificaria a edição do verbete sumular. Essa situação se repete no cotidiano das práticas dos tribunais, circunstância que venho denunciando há vários anos: verbetes transformados em enunciados assertóricos, com caráter universalizante. Exemplo marcante dessa espécie de (mau) uso de verbetes é o que certifica que "nos crimes sexuais, a palavra da vítima é de fundamental importância". E alguém duvidaria disso? Mas o que ocorre na prática? O seu uso para condenar e para absolver. O que menos se perquire é se, de fato, aquele caso, a palavra da vítima teve especial relevância.[20]

20. Nesse sentido, veja-se a contribuição da hermenêutica filosófica para a desmi(s)tificação desse uso indiscriminado de verbetes proto-sumulares. No julgamento da Ap 70012674883, o TJRS, acatando parecer que emiti, afastou, por maioria de votos, a aplicação metafísica da *pauta geral* que pretendia abarcar a *essência* da palavra da vítima. No caso, determinada pessoa fora condenada em primeira instância a seis anos de reclusão, pelo delito de roubo (mediante grave ameaça por arma de fogo). A condenação

Tudo isso serve e é aplicável à Súmula vinculante 11. Os diversos casos que ensejam o uso de algemas serão discutidos nos tribunais, com auxílio da doutrina. Esses casos formarão uma "cadeia de casos", que possuem singularidades. Embora Súmula vinculante não seja precedente *stricto sensu*, é possível dizer – pela "pretensão universalizante" de seu enunciado – que de cada um deva ser extraído um princípio, caminho para o ingresso da razão prática no direito (faticidade, enfim, os casos concretos e suas infinitas peculiaridades). Da Súmula vinculante 11 deve ser extraído o seguinte princípio: "algemas são excepcionais e mesmo o seu uso deve preservar os direitos fundamentais do acusado". Seguindo esse "mínimo é"[21] da súmula, cada futura aplicação terá que desvendar

> foi baseada na tese de que, nos crimes dessa espécie (roubo, estupro), a palavra da vítima é de fundamental importância. *Sustentei que há uma diferença entre o que pode ser correto e o que é verdadeiro no caso concreto.* A palavra da vítima pode ser importante. Pode até ser fundamental. Mas nunca é plenipotenciária. O que aconteceu é que a condenação não esteve baseada na palavra da vítima, mas, sim, na tese de que a palavra da vítima nos crimes dessa espécie é de fundamental importância. A tese pode ser correta; mas a faticidade pode mostrar o contrário. Sustentei que uma condenação neste termos é metafísica, porque baseada em universalidades conceituais, enfim, "conceitos sem coisas". No conceito "a palavra da vítima (...)" não está contida "a própria coisa". O citado verbete "jurisprudencial" escondeu a singularidade do caso. A decisão de segundo grau desvelou essa singularidade. Por isso, interpretar não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. O que é não pode ser tomado como "presença constante".
>
> Outro exemplo: em 1996 foi alterado o art. 366 do CPP, pelo qual, no caso de ausência do acusado, o processo ficará suspenso, bem como a prescrição. Em caso de perigo de perecimento de provas, o dispositivo admite a produção antecipada da prova. Em face dessa redação, surgiu entendimento doutrinário no sentido de que a prova testemunhal, pela sua peculiariedade, sempre seria urgente. E a questão chegou aos Tribunais. Na 5.ª Câm. Crim., exarei parecer, ponderando que a afirmação de que "prova testemunhal é sempre urgente" tem um caráter metafísico, porque estabelece uma universalização de sentido, sequestrando a possibilidade ôntica-ontológica do ato interpretativo. Acrescentei, ainda, que o entendimento de que "a prova testemunhal é sempre urgente" é dar ao texto legal um sentido-em-si-mesmo, enfim, é dar à lei aquilo que se chama na moderna hermenêutica de *fetichização da lei* (é como se a lei já trouxesse em-si-mesma o seu sentido, a-histórico, a-temporal e descontextualizado). (ver Processo 70.000.193.532 – TJRS).

21. Desenvolvo a noção de "mínimo é" no meu *Verdade e consenso* cit.

o DNA das aplicações anteriores,[22] chegando-se a uma "interpretação tradicional" (no sentido autêntico do termo, hermeneuticamente falando). E no que estará fincada essa (re)construção do significado do enunciado sumular? Na fundamentação detalhada, enfim, naquilo que venho denominando de *accountabillity* hermenêutica. E, vejamos: de fato, passados tantos anos, construímos uma tradição acerca do prazo para prisão (antes da reforma do Código de Processo Penal, 81 dias); isso não significa que os 81 dias são peremptórios, isto é, no 82.° dia o prazo da prisão estará excedido. Claro que não. As circunstâncias de cada processo (portanto, de cada caso – e aí está a riqueza do direito) é que definirão os termos em que a integridade e a coerência exsurgirão. Mas, uma coisa é certa: se é impossível estabelecer a peremptoridade dos 81 dias, com certeza o prazo da prisão não será aquilo que o juiz entender; não será também 130 dias; teremos os limites de sentidos minimamente entificados, com grau de generalização suficiente para que impeçamos prazos arbitrários. É desse modo que se constrói o direito. Sem exatidões, mas com respostas adequadas, fulcradas na reconstrução da cadeia de julgamentos anteriores e a opinião da doutrina acerca daquela espécie de casos.

Numa palavra: não teremos jamais um *método* seguro para a aplicação da Súmula vinculante 11 (e, portanto, das algemas). Mas teremos, sim, um maior respeito aos direitos fundamentais. E quanto mais faticidade, mais estaremos *apertando* o sentido do que seja "uma aplicação das algemas de forma excepcional" e "a preservação dos direitos fundamentais", a partir da principiologia constitucional (lembremos sempre: os princípios não abrem a interpretação; ao contrário, fecham-na, pela introdução do mundo prático no direito). Dizendo de outra maneira, se já conseguimos dar nomes aos bois, ou seja, antes da Súmula vinculante 11 as algemas eram aplicadas ao alvedrio da polícia, agora já podemos dar bois aos nomes. Uma explicação final para este ponto: eis a importância da lei, das palavras, dos enunciados. Se uma lei diz que é proibido transitar com automóveis aos domingos, o máximo que poderemos fazer – se essa lei não for inconstitucional – é discutir as exceções acerca de ambulâncias etc. Mas uma coisa é indiscutível: não poderemos dizer que

22. Não desconheço que a Súmula vinculante 11 poderia soçobrar em face da não obediência dos requisitos constitucionais para a sua edição. De todo modo, a discussão aqui travada serve também para uma espécie de "direito sumular".

é permitido transitar com automóveis aos domingos ... É o "mínimo é" que nos permite a comunicação e nosso modo-de-ser no mundo.

Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado e, caso nenhuma tradição se ligue ao dito no enunciado, já estaremos diante de uma inconstitucionalidade. Teremos que buscar os *casos* e o contexto em que esse enunciado foi produzido (pensemos na súmula 5, que, aplicada tábula rasa, revoga dispositivo da Constituição Federal).[23] Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse "o lugar da verdade" e como se o sentido *imanente* desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação.

Voltando às críticas de Didier à Súmula vinculante 11: como neste caso a interpretação soçobra como decisão, ou seja, incutindo no destinatário a responsabilidade de julgar ou de argumentar com arrimo na súmula, esta de nada vale, segundo o pensamento de Didier, *exatamente em vista de sua tese subsuntiva a respeito do direito judicial*. A súmula vinulante consiste para ele, pois, a desnecessidade de fundamentar, já sendo sua aplicação mecânica as próprias e bastantes razões de incidência. Em suma, o direito preconizado pelo processualista baiano ou arrefece hermeneuticamente em vista da subalterna subjugação aos textos legislados precisos ou diante da precisão formulada pelos tribunais quando da regência das normas jurídicas indeterminadas.

A tese de que necessitamos de uma teoria para elaboração de precedentes preconizada por Didier dá azo a que se entenda que, para ele, as súmulas vinculantes seriam vocacionadas a se portarem como breviários de *casos fáceis*, encarregadas do firme propósito de afetar, diante da total incidência de seus *componentes precisos e infensos a dúvidas, os casos futuros de correlata matéria*. Por sua vez, se elaboradas com termos vagos, seriam elas imprestáveis pela condenável repercussão valorativa por parte da posterior acomodação interpretativa, eis que a dependência *a posteriori* do crivo seletivo das peculiaridades do caso concreto suscetível de *distinguishment* malbarata a pretensão de segurança jurídica e previsibilidade no sistema judiciário.

O grande problema desta metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe

23. Cf. Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade; Nunes, Dierle José Coelho. Súmula vinculante 5 do STF é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/. Acesso em: 22.05.2008.

é indelevelmente avessa, porquanto a sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.

9. À GUISA DE CONCLUSÃO

Como venho insistindo em diversos trabalhos (*Hermenêutica Jurídica em crise* – Ed. Livraria do Advogado, 8. ed. *Verdade e consenso*, Ed. Lumen Juris, 2. ed.), é preciso compreender que o direito, na medida em que não está imune às transformações ocorridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por Herbert *Schnädelbach* de "razão hermenêutica") e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, "compreender sentido" não é apenas uma consequência, mas o fundamento da própria razão. Visto assim, o problema hermenêutico não é apenas universal, mas, ao mesmo tempo, fundamental, isto é, sua solução já reside no âmbito da constituição de entendimento e razão e, desse modo, no campo avançado do problema do conhecimento, que Kant acreditava poder abordar com os meios dos conceitos do entendimento e da razão garantidos. Se, como tal, não existe razão sem compreensão de sentido, então o problema do sentido se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica (*Schnädelbach*). Já no campo do conhecimento do direito, a questão é saber, de efetivo, de que modo um processo lógico-argumentativo pode *acontecer* sem a pré-compreensão. A pergunta é inevitável: afinal, é possível interpretar e, só depois, compreender? Por que isolar o conhecimento jurídico do fenômeno da compreensão?

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica – e que tem reflexos incomensuráveis no ensino jurídico – possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto,

não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer). Esse giro linguístico-ontológico, compreendido a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo circulo hermenêutico e pela diferença ontológica, supera o esquema sujeito-objeto. Para tanto, é de absolutamente relevante compreender que a viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein und Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer,[24] foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. Assim, a partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica.

Essas sofisticadas questões estão ainda longe de serem recepcionadas pela comunidade jurídica. Recentemente saídos de um regime autoritário e mesmo estando sob a égide uma Constituição democrática e transformadora, continuamos: (a) com um Código Penal produto de uma sociedade que há pouco ingressara no liberalismo, voltado a uma (nova) clientela fruto da mudança da economia ocorrida a partir da revolução liberal de 1930; (b) um Código Comercial que é do século XIX (agora *alterado*, em parte, pelo Código Civil); (c) com um Código de Processo Civil que, a par de estar calcado no protagonismo do juiz, que julga solipsisticamente, estabelece mecanismos que protegem explicitamente os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais; (d) por último, com um Código Civil de 1916 proveniente de uma sociedade pré-liberal e urbana, que somente foi alterado no ano de 2003, cujas modificações, entretanto, sofrem sérias restrições dos setores civilísticos mais críticos, principalmente por que o novo Código aposta demasiadamente na discricionariedade judicial (para tanto, veja-se as cláusulas gerais). *Acostumados* (*habitus*) com o protagonismo judicial que vem desde Oscar Von Büllow e assentados no sujeito solipsista,[25] construímos um sistema jurídico que, pela falta de fundamentação das decisões, transformou-se em um "estado de natureza hermenêutico", cuja consequência foi o entulhamento dos tribunais superiores. A resposta (darwiniana) do

24. GADAMER, *Wahrheit und Methode*... cit.

25. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 98 et seq.

sistema: mecanismos inibidores/obstaculizadores de recursos e vinculatórios vertical e horizontalmente, tendo no topo a súmula vinculante. Tais mecanismos não deveriam causar maiores surpresas na comunidade jurídica, até porque, de um modo ou de outro, estes já existiam desde 1990, com Lei 8.038, sem considerar a poder de violência simbólica que as súmulas sempre tiveram, desde a sua criação no ano de 1964.

A questão que se coloca, agora, é: o que resta para a interpretação? Em que termos devem se dar as decisões de primeiro e segundo grau, em face das súmulas vinculantes[26] e todos os mecanismos a ela circunscritos? O que não podemos sonegar ao público é que, lamentavelmente, a doutrina que sustenta o saber jurídico sempre se contentou com um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Para ser mais claro: com o passar do tempo, a doutrina foi perdendo força. Cada vez doutrina menos. Em outras palavras, a doutrina não doutrina mais, sendo, sim, "doutrinada/domesticada" pelos tribunais (lembremos, aqui, do famoso voto do Min. Humberto Gomes de Barros, do STJ, no EREsp 319.997/SC: "Não me importa o que pensam os doutrinadores (...) Ninguém nos dá lições"). E o ensino acaba calcado em metodologias *ad hoc* e sem consistência teórica, fenômeno que se dá com a construção de *categorias* "aptas para a produção de dedutivos", como se a realidade pudesse ser aprisionada pelo "paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante". E as súmulas? As súmulas (vinculantes) são apenas o corolário de uma cultura *prêt-à-porter*. Insisto: não deveríamos nos surpreender com isso tudo.

26. É despiciendo lembrar (e registrar) o óbvio: antes de qualquer discussão acerca do significado e abrangência de uma súmula vinculante, é necessário verificar os requisitos de sua formulação/edição. Além do quórum de dois terços, cabe ao STF justificar o entendimento jurisdicional sobre determinado tema a partir da jurisprudência consolidada do tribunal, algo que não se mede numericamente, 10, 20, 30 decisões a favor ou contra um entendimento X ou Y. É dessa reconstrução institucional que o STF deve fazer – condição de possibilidade para a edição de uma súmula – que exsurgirão as possibilidades para a aferição do DNA de cada enunciado. Portanto, se os requisitos previstos na EC 45/2004 não estiverem presentes, antes de qualquer outro exame a súmula vinculante será inconstitucional. E não esqueçamos: se a súmula vinculante é um ato normativo, sobre ela cabe o controle de constitucionalidade. Ou a súmula vinculante estaria blindada à jurisdição constitucional?

É nesse contexto que tento iniciar esse diálogo acerca das súmulas vinculantes em *terrae brasilis*. Partindo da *premissa* de que não são uma *mala em se*. E enquadrando-as no paradigma hermenêutico, para além das posturas analíticas, axiologistas, pragmatistas etc. Considerando como superado o esquema sujeito-objeto, tenho como ultrapassadas quaisquer possibilidades de subsunções e deduções. Isso terá conseqüências incomensuráveis na discussão da problemática das súmulas (vinculantes ou não). Trata-se da seguinte questão: súmula (vinculante ou não) é um texto. E basta. A partir disso é que a tradição hermenêutica entra em campo para esse enfrentamento. Dito de outro modo, se o esquema sujeito-objeto (tanto da metafísica clássica como da metafísica moderna) está superado, ultrapassa-se as perspectivas epistemológicas acerca do direito, introduzindo o mundo prático (aqui entram os princípios, que são a transcendência das regras). Logo, sem subsunções ou discussões e sem o empírico e o universal, o enfrentamento dos sentidos dos enunciados não pode mais seguir as pautas conceptualistas. Não há textos sem normas; não há normas sem textos; não há ser sem ente; não há ente sem ser.

A súmula vinculante ingressa no sistema jurídico com uma força sem precedentes. Com suporte no mecanismo da Reclamação, o órgão emissor se transforma no próprio órgão para fiscalizar o enunciado (texto) jurídico emitido. A tese central da súmula – e parece que para isso foi idealizada – é a de transformar uma sucessão de casos difíceis em futuros casos fáceis. Em termos filosóficos, é possível explicá-la do seguinte modo: nela estaria "condensada a substância" (essência) de cada *coisa* jurídica, como se as súmulas fossem "juízos assertórios" e uma "proposição pudesse mostrar o seu sentido".[27] A articulação do mundo (das coisas em geral) e da linguagem não se dá isomorficamente. As palavras não são e não podem ser "um modelo exato da realidade". A adequação que exsurge de qualquer processo hermenêutico não depende dessa pretensa isomorfia entre proposição e o fato representado.

Assim, é preciso ter claro que a *substância* que estaria contida no verbete sumular *destemporaliza o sentido, pelo sequestro da temporali-*

27. Esta é uma tese que retoma pressupostos da ontologia clássica, encontrável, v.g., em WITTGENSTEIN, Ludwig Von. *Tratactus lógico-filosófico*. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 56, ponto 4.022. De certo modo, a súmula significa um retorno a essa fase da filosofia.

dade.[28] Mas é claro que isso é assim em face do paradigma filosófico no qual a súmula se enquadra. Vista sob uma perspectiva hermenêutica, a súmula não representa essa *tragédia* anunciada por alguns setores do direito brasileiro. E nem isso significa que cada súmula tenha que ser elaborada em linguagem rigorosa, como se estivéssemos no entremeio do Círculo de Viena. Se compreendida a partir de uma perspectiva exegética-normativista, as Súmula vinculante se substituem à própria lei, com uma *vantagem*: ao contrário da lei, a Súmula vinculante tem a pretensão de "acarcar todas as futuras hipóteses de aplicação", como se fosse uma *lei perfeita*, isomórfica.

28. Neste aspecto, o pensamento dogmático do Direito retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular (sic). Lexicograficamente, pretendem os juristas estabelecer sentidos (universalizantes) que esperariam ser *acoplados* aos entes (dispersos no *mundo* como *entes*). Para tanto, basta que se observe o conteúdo dos manuais jurídicos, através dos quais pretendem os juristas construir um corpo doutrinário repleto de conceitos com sentidos definitivos, espécie de repertório (universalizante) de *prêt-à-porter*. Mediante conceitos estandardizados, lexicográficos, o pensamento dogmático pretende colocar à disposição da comunidade jurídica definições *a priori*, *aptas* a servirem de *acoplagem* da premissa menor à premissa maior. É como se existisse um fato *cru*, que receberia uma *roupagem* jurídico-conceitual (previamente elaborada, com pretensão de universalização): em suma, um ente que existiria como ente, à espera do *respectivo* ser (sentido). Ou seja, em nome da construção de uma universalidade – essencialista/conceitual – o trabalho dos juristas oculta o aparecer da singularidade, o aparecer da coisa mesma (*Sache selbst*).

    Nesse sentido, nunca é demais esclarecer que *coisa mesma* que aqui se fala deve ser entendida, no plano da *applicatio* (e hermenêutica é sempre *applicatio*!) do Direito, como sendo "o caso concreto nas suas mínimas especificidades". Muito embora o pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico ou *habitus*) e até mesmo alguns setores da crítica jurídica insistam em dizer que deve haver, no plano da interpretação jurídica, a prevalência do "caso concreto" e que "cada caso tem as suas particularidades", observações estas que podem ser encontradas nos mais diversos âmbitos da literatura jurídica, é preciso deixar claro – e aqui denunciar – que tais afirmações não encontram comprovação no "mundo da vida". Na verdade, as assim denominadas "pautas gerais" (conceitos lexicográficos, súmulas, verbetes jurisprudenciais e ementários desindexados do contexto que recheiam o universo das obras jurídicas e das decisões judiciais) escondem a singularidade dos casos. Isto acarreta um sacrifício da particularidade do caso concreto em favor da abstração da "pauta geral".

Como já referi à saciedade, as palavras não conseguem reproduzir tudo aquilo que foi compreendido e, se nós quisermos *evitar mal entendidos*, teremos que estar *vigilantes* quanto a esse fato incontornável. Essa vigilância pode, de fato, exigir que tenhamos cuidado com aquilo que enunciamos; que tenhamos cuidado com a elaboração do texto, mas se nos perguntarmos qual o caminho que deveremos tomar para que façamos o melhor texto possível, *essa resposta não estará em técnicas redacionais*, como quer, por exemplo, Fredie Didier, por uma razão óbvia: *sempre haverá um não dito na técnica*! Com os gregos, teremos que recordar que a técnica redacional é uma arte, longe das pretensões da técnica moderna. Teremos que recordar com o Heidegger tardio e com Gadamer, que são os poetas e não os burocratas aqueles que melhor lidam com a *dobra* da linguagem. Desse modo, se adotamos em terra *brasilis* um modelo inspirado no *stare decisis* do *common law*, temos que ter consciência de que haverá sempre um *não dito* no *enunciado* do precedente e não há técnica – principalmente moderna – que garanta a transmissão da totalidade do compreendido.

Como já referi em outras oportunidades, os textos são fatos. Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação.[29] Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos *princípios* da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os *casos* e o *contexto* em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse "o lugar da verdade" e como se o sentido *imanente* desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação. É o que tenho trabalhado com a "resposta adequada a Constituição" ou "resposta correta", especialmente no livro *Verdade e consenso*, da Lumen Juris.

Cada enunciado sumular/jurisprudencial etc. tem um "DNA". Esse "DNA" é a integridade e a coerência de que fala Dworkin. O "DNA" contém também, necessariamente, os genes da doutrina, sob pena de sacramentarmos a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é (lembremos sempre do Min. Barros Monteiro, que dizia "não me

29. Por todos os textos, veja especialmente o meu "Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn". *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, São Leopoldo, jan.-dez. 2003.

importa o que a doutrina diz (...)"– sic). O juiz Holmes já morreu. E mais: não há grau zero de significação. Embora nosso sistema não seja de precedentes, apesar da nítida "*circulação de modelos*"[30] a que alude Taruffo, o direito não é um conjunto de casos dispersos, em que, pragmaticamente, o jurista possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E a doutrina deve voltar a doutrinar e não se quedar submissa e caudatária da *jurisprudência* (na verdade, por vezes, de citações *pela metade* e de casos isolados). Por tudo isso, a súmula não é um *mal em si*. Insisto: é um *mal* como é qualquer enunciado ou lei *injusta* e/ou inconstitucional. A propósito, a doutrina deve iniciar a discussão acerca do que fazer com as Súmulas vinculantes inconstitucionais (formal ou materialmente). *No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula*; a diferença é que, por incrível que pareça, as súmulas vinculantes os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as súmulas vinculantes. Por exemplo: antes da Súmula vinculante 10, os tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam aos arts. 97 da CF e 480 e ss. do CPC. Com a edição da Súmula vinculante 10, passaram a obedecer. Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto. E olha que a Súmula vinculante 10, examinada em seu "DNA", nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não? Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem e, sim, aumentam a competência dos juízes. Eles e os tribunais é que ainda não se deram conta. O que é lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. E nem os juízes. Tudo dependerá de que paradigma estarão *olhando* as súmulas ...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os "conceitos jurídicos indeterminados" já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o Judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada.

30. Com um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil law* e *common law* (TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 89).

Referências bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Estado de exceção. São Paulo:* Boitempo, 2003.

Alexy, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bahia, Alexandre. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à Jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *Congresso Nacional Constituição e Processo.* Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

Castanheira Neves, Antonio. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais.* Coimbra : Ed. Coimbra, 1983.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade; Nunes, Dierle José Coelho. Súmula vinculante 5 do STF é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/. Acesso em: 22.05.2008.

Didier Junior, Fredie. N. 11 da súmula vinculante do STF. Crítica à técnica de redação do precedente judicial. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br>. (editorial n. 49). Acesso em: 23.09.2008.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia.* Madrid: Trotta, 2006.

Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen. Hermeneutik.* I. Tübingen: Mohr, 1990.

_____. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik* II. Tübingen: Mohr, 1990.

Hart, Herbert. *O conceito de direito.* Lisboa: Gulbenkian, 1986.

Heidegger, Martin. *Ser e tempo. Parte I e II.* Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Sein und Zeit.* Berlin: E. A., 1927.

Hume, David. *Tratado sobre a natureza humana.* São Paulo: Unesp, 2001.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito.* Coimbra: Arménio Amado, 1979.

Littell, Jonahan. *As benevolentes.* Rio de Janeiro: Alfaguara Brasil, 2007.

Maccormick, Neil. *Legal reasoning and legal theory.* Oxford: Clarendon Press, 1978.

Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2008.

O'Donnell, Guilherme. Democracia delegativa? *Novos Estudos Cebrap* 31/25-40. São Paulo: Cebrap, 1991.

Rorty, Richard. *Philosophy and mirror of nature.* Princeton: Princeton University Press, 1979.

Schmitt, Carl. *Legalidade e legitimidade.* Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso.* 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do "Ontological Turn". *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, São Leopoldo, jan.-dez. 2003.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Safe, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratactus lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

4

Transtorno mental e criminalidade na adolescência: notas para uma análise crítica da patologização do adolescente autor de ato infracional

MARIA CRISTINA G. VICENTIN

Professora Doutora do Programa de Estudos Pós-graduados em Psicologia Social da PUC-SP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa "Violências: sujeito e política". Consultora no campo dos direitos da infância e juventude. Psicóloga.

MIRIAM DEBIEUX ROSA

Professora Doutora do Programa de Psicologia Clínica da USP, onde coordena o Laboratório "Psicanálise e Sociedade". Professora titular do Programa de Pós-Graduação da Psicologia Social da PUC-SP. Coordenadora do Núcleo "Violências: sujeito e política". Psicanalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente trabalho aborda os sinais crescentes, no município de São Paulo, da patologização do adolescente em conflito com a lei, particularmente pela centralidade que o tema do transtorno de personalidade anti-social vem ganhando na gestão da criminalidade juvenil, tendo protagonizado, inclusive, a criação de um serviço especializado: a Unidade Experimental de Saúde. O trabalho analisa, por meio da escuta de diferentes atores (promotores, juízes, defensores e profissionais da saúde mental) a produção dessa composição e propõe outros modos de pensar a relação psi-jurídica, pautada não numa abordagem criminológica, mas na clínica preconizada pela reforma psiquiátrica.

ABSTRACT: This paper addresses the growing signs of the pathologicalization of the teenage offender in conflict against the law, in the municipality of Sao Paulo, particularly because of the importance that the topic of the anti-social personality disorder has acquired in youth criminality management, accounting for the creation of a specialized service: the Experimental Health Unit. By listening to different players (state attorneys, judges, mental health advocates and professionals), this paper analyses how this scenario is created and proposes different manners of reflection for the psycho-legal relationship, one that is not only based upon a criminological approach but also a clinical one, introduced by the psychiatric reform.

Palavras-chave: Adolescente autor de ato infracional – Transtorno de personalidade anti-social – Periculosidade – Reforma psiquiátrica – Criminalidade juvenil.

Keywords: Teenage offender – Anti-social personality disorder – Risk – Psychiatric reform – Youth criminality.

Sumário: 1. A questão da patologização do adolescente autor de ato infracional – 2. Uma genealogia dessa construção: o caso da associação da criminalidade e do transtorno de personalidade anti-social em São Paulo – 3. Por que problematizar a temática do transtorno mental e da criminalidade na adolescência? – 4. Há outras maneiras de pensar as injunções subjetivas e de sofrimento psíquico do adolescente autor de ato infracional? – Referências bibliográficas.

1. A questão da patologização do adolescente autor de ato infracional

O controle social dos adolescentes autores de ato infracional no Brasil tem se revestido atualmente de crescentes processos de patologização ou de psiquiatrização (Vicentin, 2005a, 2006). O que estamos chamando de psiquiatrização[1] é a predominância do argumento e da prática *psi* na gestão das problematizações e dos conflitos que setores da juventude vêm colocando ao campo social.[2] Por *função-psi* entendemos o conjunto de agentes, discursos, instituições, objetos – portanto, função psicológica, psicopatológica, psicossociológica, psicocriminológica,

1. Castel (1978) e Foucault (1988) formularam como *medicalização* a operação pela qual a medicina, constituída como psiquiatria (no início do século XIX), possibilitou a administração de um problema social, a loucura, provendo um novo tipo de gestão técnica dos antagonismos sociais: administrando a loucura, no sentido de reduzir ativamente toda sua existência, toda sua realidade, às condições de sua gestão em um quadro técnico. Na nova ordem burguesa, o louco colocou vários problemas: insensato, não é sujeito de direitos; irresponsável, não pode ser objeto de sanções; incapaz de trabalhar ou de servir, não entra no circuito regulado pelas trocas. Núcleo de desordem, porém, deve ser reprimido segundo um outro sistema de punições do qual a nascente medicina mental se encarregará de construir e gerir (Foucault, 1988).
2. É importante lembrar que essa via não é exclusiva: persistem ainda os maus-tratos, enfim, as modalidades repressivas nas unidades de internação como atestam as denúncias de órgãos e entidades de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

psicanalítica – que operam o dispositivo *disciplinar*, uma sujeição dos corpos e uma constituição dos indivíduos numa relação de poder que produz efeitos de normalização.[3]

Nesse trabalho abordaremos mais especificamente a crescente participação da *função-psi* na gestão da delinqüência juvenil, principalmente pela tematização das relações entre transtorno mental e criminalidade juvenil. Essa composição vem construindo argumentos tanto para modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente – seja no tempo de aplicação da medida ou na proposição do tipo de medida –, quanto para a produção de práticas dirigidas ao autor de ato infracional que são frontalmente contrárias aos paradigmas garantistas.[4] Referimo-nos ao reaparecimento da figura da periculosidade, do transtorno de personalidade anti-social, dos exames médico-psiquiátricos e da internação em estabelecimentos especializados de saúde como via de gestão do ato infracional na juventude.

Abordamos em outros trabalhos, com maiores detalhes, os sinais dessa psiquiatrização (Vicentin, 2005a, 2005b, 2006), aqui apenas sintetizados:

a) A emergência de propostas de alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente centradas no argumento do transtorno mental e da periculosidade (vide PL 2.588 do Deputado Federal Vicente Cascione, nov. 2003).

3. Foucault (1977, 1988) distingue a ordem da lei da ordem da norma. Na ordem da lei, o tipo de poder operado é essencialmente coercitivo, repressivo e busca extinguir o indesejável, o ilegal. Na ordem da norma, ainda que ela possa incluir o aspecto repressivo, trata-se de uma vontade de controle, regulação e prevenção, que não se satisfaz com a pura abolição do indesejável, mas busca criar, estimular a produção de novas características corporais, sentimentais e sociais. Nessa perspectiva, encontram-se as estratégias – desenvolvidas a partir do século XVIII – do que Foucault (1988) chamou de biopolítico, de microfísica do poder: uma proliferação das tecnologias políticas que irão investir sobre o corpo, a saúde, as condições de vida, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, enfim, sobre o espaço completo da existência do indivíduo.
4. Segundo Méndez (1998), o "garantismo" remete a uma vertente importante da cultura jurídica italiana que designa o respeito conseqüente dos princípios fundamentais do direito (penal) liberal moderno. Como concepção filosófica, o conceito de garantia pertence à cultura da não discricionariedade.

b) O crescente encaminhamento de adolescentes cumprindo medida socioeducativa para perícias psiquiátricas visando aferição do grau de periculosidade e diagnóstico de transtorno de personalidade anti-social.

c) A crescente internação psiquiátrica de adolescentes por mandado judicial, já verificada nos dois maiores hospitais psiquiátricos para adolescentes nos municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, caracterizada: pela compulsoriedade, pela estipulação de prazos para a internação ou pela sua subordinação aos critérios jurídicos, por tempo médio de internação superior aos dos demais internos admitidos por outros procedimentos e pela acentuada presença de quadros relativos à distúrbios de conduta (portanto, não psicóticos) (Bentes, 1999; Joia, 2006).[5]

2. Uma genealogia dessa construção: o caso da associação da criminalidade e do transtorno de personalidade anti-social em São Paulo

Um esclarecimento importante para entendermos a situação que será aqui analisada foi a presença de um contingente de jovens com diagnósticos diversos de transtorno mental e sem o devido tratamento especializado, internados na então Febem-SP,[6] que levou o Ministério Público e o Poder Judiciário do Departamento de Execução (das medidas socioeducativas) da Infância e Juventude (Deij) de São Paulo a instaurarem, respectivamente, processo (1999) e sindicância (2002) para apurar irregularidades no sistema de atendimento de adolescentes portadores de transtorno mental, convocando diversas Secretarias do Estado e do município para encaminhar providências e formular políticas nesse âmbito.

5. Outra faceta da utilização dos serviços de psiquiatria, identificada em pesquisa na Argentina, resulta da imposição de tratamento por uso de drogas. A internação segue a seguinte lógica: muitos ingressam no juizado, em primeiro lugar, por um delito, quando se reconhece o consumo habitual de drogas. Esses jovens são encaminhados para tratamento, por tempo indeterminado, delimitando-se uma situação onde o tratamento e o castigo assumem a mesma forma, e os seus limites ficam condicionados à cura ou recuperação (Guemureman e Daroqui, 2001).

6. Desde dezembro de 2006, renomeada como Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente – Fundação Casa-SP.

Nesses procedimentos, pudemos observar[7] que predominou, num primeiro tempo (1999-2001), uma preocupação com questões relativas à assistência aos transtornos mentais mais clássicos: droga-dependência, surtos psicóticos e deficiências mentais para dar lugar, num segundo tempo (2002-2004), aos casos de transtornos de personalidade anti-social (TPAS) e às perícias para avaliação da periculosidade, levando os adolescentes para outros contextos *diagnósticos* ou *de tratamento*, como o Instituto de Medicina Social e Criminologia, Ambulatório de Transtornos de Personalidade (Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas-SP) e Sociedade de Rorschach. Nesse período de dois anos, em torno de cem adolescentes internos na Febem-SP serão encaminhados para essas perícias, em sua grande maioria com a hipótese de transtorno de personalidade anti-social. A noção de transtorno de personalidade ganhará, então, centralidade na tematização das questões de saúde mental, configurando um novo campo problemático (Vicentin, 2005b, 2007).

São muitas as linhas de força que derivaram nessa centralidade que culminara com a construção de uma Unidade Experimental de Saúde, em 2006, pela Secretaria Estadual da Saúde destinada a oferecer, durante o cumprimento de medida socioeducativa de internação, atendimento diferenciado na área de saúde mental. Acompanhemos alguns elementos

7. Estamos nos referindo à pesquisa *Interfaces psi-jurídicas: o caso da psiquiatrização do adolescente em conflito com a lei*, realizada no período de ago. 2004 a jun. 2005, na PUC-SP. A pesquisa teve como terreno empírico o município de São Paulo e dela participaram: a Vara da Infância e Juventude/ Departamento de Execuções da Infância e da Juventude; a Febem-SP/ Diretoria de Saúde; o Centro de Defesa Técnico-Jurídica do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e tratamento do delinqüente (Ilanud); o Hospital Psiquiátrico Pinel; o Instituto de Medicina Social e Criminologia (Imesc). Foram analisados, para o período de 1998-2003: documentos existentes em torno da questão do adolescente em conflito com a lei e portadores de transtorno mental: sindicâncias, procedimentos administrativos, audiências, relatórios de pesquisa, diagnósticos ou projetos de intervenção; processos (de execução de medidas socioeducativas) de adolescentes que reuniam essa dupla contingência (ou que foram submetidos a avaliações *psi*); entrevistas com os atores significativos que poderiam problematizar ou agregar informações sobre a temática: promotores, juízes, defensores, equipe técnica do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude (Deij), defensores do Ilanud, coordenadores e psiquiatras da Diretoria de Saúde da Febem/SP e do Hospital Pinel (Vicentin, 2005b).

sobre como se deu aqui em São Paulo essa inflexão na direção de uma *psicocriminologia* na relação com o adolescente em conflito com a lei, por meio do que dizem seus diferentes atores (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Equipes Técnicas da Febem-SP e do Deij).

Uma argumentação reiterada, especialmente do lado do Poder Judiciário e do Ministério Público, coloca em questão a relação entre gravidade do ato infracional/reincidência e a prevalência de transtorno mental bem como a percepção de que os atos infracionais têm tido uma *fenomenologia* mais *agravada*:

"Não fazemos avaliações [psi] indiscriminadamente; apenas nos casos mais graves: evento de morte, violência sexual, reincidência múltipla. Acho importante, nesses casos, não ter apenas a visão dos técnicos da Febem, mas ter outra opinião, de quem está mais de fora" (Juiz, jun. 2005)[8].

"Não podemos reduzir essa questão à idéia de que os juízes 'cismaram em pedir avaliações psiquiátricas'. Há casos *mais graves*; há 10 anos, a *expressão da criminalidade era de outra natureza*. Começamos a perceber essas diferenças no perfil da criminalidade: a gravidade dos casos, a reiteração (...) Esse é um processo social relacionado às mutações do campo social: como é o caso do consumo, da globalização. (...) Os técnicos da Febem também estão apontando essas diferenças: antes a participação das meninas na criminalidade era por intermédio dos namorados; hoje elas estão chefiando o tráfico" (Juiz, jun. 2005, grifos meus).

"Latrocínio é grave e exige cautelas para medida mais branda: *crimes dessa natureza, considerados como de extrema gravidade, revelam periculosidade e total insensibilidade de quem os pratica*. Infelizmente eles têm sido cada vez mais frequentes, gerando pânico e insossego. (...) Não pode este juízo promover a desinternação do paciente com base apenas nos relatórios técnicos apresentados pela Febem (...) Apenas pelo fato

8. As referências às falas de juízes, promotores, procuradores, equipe técnica ou psiquiatra nesse item do texto são derivadas da pesquisa *Interfaces psi-jurídicas: o caso da psiquiatrização...* cit. Os operadores do sistema de justiça e a equipe técnica do Juízo são do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude-SP (Deij) ou da Procuradoria de Assistência Judiciária de São Paulo e os de saúde mental são da Diretoria de Saúde da Febem-SP. Os participantes da pesquisa são referidos apenas na sua função e não nominalmente.

do ato infracional praticado ser hediondo (...) já é suficiente para justificar a realização de exame aprofundado das causas do envolvimento do jovem com a prática de atos anti-sociais. Estudos feitos por especialistas e a prática vivenciada por este julgador e demais colegas desse Departamento revelaram que *o envolvimento na prática de crimes violentos é um dos maiores indícios da existência de psicopatia ou sociopatia*" (Sentença judicial, processo A. B. S., mar. 2003, grifos meus).

"Depois apareceu o tema do Transtorno de Personalidade que não é doença, mas está no CID. Demoramos a entender essa especificidade. Começamos a perceber a existência desse outro grupo que por mais que tivesse intervenções técnicas, acompanhamento psicológico, ou que estivesse em unidades com boa intervenção socioeducativa, você pedia avaliações para diferentes equipes e elas apontavam características *estranhas* no tocante à personalidade. Ou casos em que os técnicos diziam: *ele não pode conviver em sociedade*" (Juiz, jun. 2005, grifo meu).

"Mesmo num sistema perverso, de opressão [refere-se ao então contexto Febem-SP], destacavam-se jovens – não meramente por aspectos de liderança – que tinham indicativo de comportamentos disruptivos. Provavelmente eram os *jovens antigamente chamados de problemáticos* pela Febem, mas em torno dos quais não havia nenhuma preocupação no tocante à saúde mental ou de avaliação (...) *havia uma população que carecia de atenção diferenciada.* (...) Além disso, víamos os crimes praticados com *perversidade desnecessária e incomum*, ao que aquele tipo de infração tinha como padrão: nesses casos começamos a pedir avaliações psiquiátricas. Nesses casos patológicos, no sentido comum da palavra, casos mais emblemáticos, talvez seja mais apropriado. Elas começaram a vir positivas e indicando algum problema nesse nível" (Promotor, jun. 2005, grifo meu).

Se uma das visões privilegia a ótica de uma problemática *emergente* ou pouco considerada em saúde, que teria passado a ser *mais observada*, é interessante notar que outros atores identificam outros elementos na configuração da temática, um entrecruzamento de efeitos da mídia e de um saber psiquiátrico de matiz *criminológico* que passa a responder às várias necessidades de gestão em jogo:

"Eu suponho, numa leitura muito manifesta da questão, que alguns jovens que tinham uma demanda muito clássica de intervenção psiquiátrica, como no surto psicótico, que isso começou a aparecer no processo, seja porque a Febem não dava o atendimento necessário, seja porque

esse menino incomoda o fluxo normal do processo de execução, porque ele, em tese, provoca na unidade uma certa instabilidade. Principalmente num contexto em que a Febem não dava continência para essa demanda e a política antimanicomial não respondia com internação psiquiátrica. A dificuldade da Febem em lidar com esse caso faz com que haja uma sugestão de desinternação do adolescente, o que interferia na lógica habitual do processo socioeducativo. Até por conta disso, de saber se era mesmo impossível o adolescente cumprir a medida, o psiquiatra passou a ser chamado a apresentar laudos para o Judiciário. E, em alguns casos, o psiquiatra fez mais do que o juiz pediu. *Isso é um aspecto interessante: o juiz encomenda 'x' e o psiquiatra entrega 'x' e 'y'. Começou a aparecer essa história: ele tem um transtorno psiquiátrico eventual, mas o problema dele é transtorno de personalidade. Passa a haver, então, uma reconfiguração da compreensão do caso.* O que entrou, via Judiciário, como um problema clínico, passa por uma avaliação psiquiátrica que vai além disso, chegando ao transtorno de personalidade" (Procurador, maio 2005, grifos meus).

"Penso que o sistema de justiça não tinha a dimensão ou a preocupação com o transtorno de personalidade: eles aprenderam com os psiquiatras quando esses começaram a trazer uma avaliação criminológica, introduzindo a questão da psiquiatria forense. Quando muito, o Ministério Público pediu a utilização de testes para o rigor da avaliação ou a profundidade da análise ou ainda alguns quesitos a serem respondidos na avaliação que enfatizavam aspectos psicossociais e não exatamente psiquiátricos. Um outro exemplo: o juiz pedia uma avaliação psiquiátrica para ver se um adolescente era ou não dependente de drogas para determinar a suspensão da internação para tratamento e aí o psiquiatra espondia dizendo que não tinha dependência, mas tinha outra coisa (...) um transtorno de personalidade ou então, mesmo que não fizesse um diagnóstico, fazia afirmações sobre a capacidade de crítica ou capacidade de contenção do jovem, que tinha grande repercussão do ponto de vista da liberação do jovem. A introdução desse conceito de TPAS provocou uma reação nos juízes e promotores, que começaram a chamar os psiquiatras para esclarecer" (Procurador, maio 2005).

"Em 2000, 2001, alguns casos de destaque chamaram a atenção dos juízes, além de um destaque na mídia de casos relacionados à psiquiatria forense.[9] Nessa época também começou Franco da Rocha e os *bandidos*

9. O entrevistado refere-se ao caso do "Maníaco do Parque" que rendeu uma série de reportagens e ao caso "Champinha" (adolescente envolvido em

perversos da época, Satanás, Fusquinha, que eram os vilões que faziam as rebeliões mais perversas (...) – porque houve uma degradação, um aumento da violência, da agressividade. Diante da degradação, do aumento da violência e da perversidade, os juízes passaram a se deter mais nisso. (...) A Imigrantes e os Cadeiões foram um marco: ninguém continha mais nada, detonavam (...)" (Psiquiatra 1, Febem-SP, 2004, grifo meu).

De fato, a questão da transferência dos jovens (ainda que provisoriamente, em função das rebeliões) para prédios do sistema penal (os "Cadeiões") foi problematizada, na época, por vários grupos e estudiosos como moduladores do próprio comportamento do jovem.[10]

Do mesmo modo, a "produção institucional" de adolescentes *líderes* ou *periculosos* na sua interface com o "transtorno de personalidade" foi tratada mais diretamente pelas equipes técnicas da Febem ou do Judiciário. Em algumas avaliações de adolescentes com hipótese de transtorno de personalidade anti-social, essas equipes sinalizam a "inexistência de um projeto socioeducativo" na unidade, o número de "transferências de unidades" que alguns jovens viveram, as "violações de direitos de que foram objeto" como situações que colaboram na construção de um perfil facilmente *conversível* em personalidade anti-social.

A observação feita pela equipe de saúde mental da Unifesp (em processo diagnóstico sobre a saúde mental na Febem-SP, a pedido da

homicídio de casal de namorados em Embu-Guaçu/SP) que, segundo ele, teria destino similar ao do "Maníaco" na mídia, não fosse a legislação para a infância e juventude mais *protetiva* e rigorosa em relação à exposição dos adolescentes.

10. Sobre isso ver: manifestos de entidades de Direitos Humanos contrárias ao encaminhamento aos Cadeiões e fazendo denúncias das condições de internação; a produção do seguro, da isqueiragem e do jovem *rebelado/periculoso* quando da intensificação das rebeliões (Vicentin, 2005c) e a própria valorização das lideranças (pela Febem) como "positivas" ou "negativas": "Segundo os funcionários, aqueles chamados de 'líderes negativos' eram os que não os respeitavam e não seguiam as normas da unidade, adotavam uma postura de instigar os demais menores. Os 'líderes positivos' eram aqueles que obedeciam aos monitores, respeitavam as visitas e os outros menores. (...) (As) negativas, aqueles que fazem *naifa*, tumultuam, resistem às normas, são vistos pelos outros como heróis. E as positivas, são os obedientes" (sic) (Sarti, 2000) [naifa é faca, na gíria dos adolescentes].

própria instituição) nos dá uma boa dimensão da *complexidade* desses diagnósticos e da importância de serem pensados em relação ao contexto institucional.

"O contato individual com os meninos, nesta unidade em especial, foi para nós uma experiência significativa e reveladora, na medida em que *frustrou nossas expectativas quanto a traços de personalidade anti-social em alguns dos meninos do grupo*. Um dos mais agressivos e dissociados, no grupo, mostrou-se com um afeto coerente com a situação vivida e as experiências de vida por ele relatadas. (...) Nas entrevistas individuais, não notamos uma espécie de carapaça defensiva, podendo ser demonstrados sentimentos de culpa, arrependimento, sofrimento e pedido de ajuda (tratamento, atividade, cuidado), através de um discurso simultaneamente menos estereotipado e mais singularizado." (...) O mais notável, entre eles, são os traços de "personalidade anti-social" (referimo-nos aos conceitos veiculados pelos sistemas classificatórios psiquiátricos oficiais) que tanto os ajudava naquela situação e na vida do crime, como eram, de certa forma, cultivados pela instituição: os melhores (leia-se: 'os mais anti-sociais') sobrevivem melhor e são mais respeitados tanto pelos meninos como pelos técnicos, pois a própria instituição é perversa, as regras não são claras e nem compartilhadas por todos, dependendo de critérios subjetivos, de cada funcionário" (Sarti, 2000).

Na pesquisa anteriormente referida (Vicentin, 2005), um dos psiquiatras entrevistados, da Febem-SP, num comentário bastante espontâneo quanto aos "transtornos de adaptação" que identifica nos jovens, deixa entrever algo dessa complexidade, ao narrar o impacto que viveu nas unidades de Franco da Rocha:[11]

"Os meninos de Franco da Rocha são totalmente diferentes! No nível de empatia: não são empáticos ou simpáticos ao psiquiatra. Lá eu vivi pouca empatia dos jovens comigo (...) não falo de simpatia. Havia uma rispidez como a dizer: você não vai chegar em mim! Mesmo o pedido de ajuda é feito de um modo agressivo.

Entrevistadora – Olhados, sem considerar esse contexto, não poderiam ser tomados como candidatos a um distúrbio de conduta ou de personalidade?

11. Onde se concentram as unidades para jovens com atos infracionais considerados graves ou multi-reincidentes e palco de diversas rebeliões no período de 2000 a 2002.

Sim, poderíamos pensar em transtornos de adaptação! Porque não se trata aí da gravidade do delito (...) Talvez porque eles já passaram por outros lugares (...) e trazem marcas desse processo. Por exemplo, um jovem que passou pelo Cadeião me contou que foi estuprado porque não concordava com as crueldades com os colegas ou com motins indiscriminados."(Psiquiatra 3, Febem-SP, 2004)

Já no diagnóstico realizado pela Unifesp, a distinção entre o transtorno de *adaptação* e o transtorno anti-social parece ser mais tênue, sugerindo, ao contrário, uma analogia entre o transtorno e a cultura institucional:

"A cultura institucional parece reforçar exatamente a delinquência, o poder sobre o corpo do outro (agressões), a trapaça, a injustiça. Os que sofrem e não se abalam (psiquicamente), conseguem, nesses termos, ganhar poder. Quanto mais distanciados de seus afetos, maiores as chances de sobrevivência. (...) Do ponto de vista da saúde mental, esta situação de despersonalização gera *stress*, aumenta a irritabilidade e a agressividade. Os discursos sugerem que a Febem é um lugar que *mexe com a cabeça das pessoas, onde se chega melhor e vai se deteriorando* (...) Não há espaço para relações afetivas, baseadas na confiança e no respeito. Isto faz com que os sujeitos fiquem à deriva de uma lei personalizada nas circunstâncias e no poder do mais forte, diminuindo a chance de que novas identificações ocorram e que um projeto de vida diferente possa ser almejado." (Sarti, 2000).

Assim, a despeito de críticas e ações reiteradas de diversos atores (especialmente da Defensoria Pública, de entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente e do campo da saúde mental),[12] setores do sistema de justiça buscarão inscrever o problema como uma questão de *saúde pública*, salientando a perspectiva do direito dos adolescentes à saúde:

"Temos uma população de jovens com diagnóstico de várias instituições que afirmam que há um grupo com transtorno [refere-se ao TPAS] que precisa de tratamento com contenção, a longo prazo. Eles entendem o que se passa com eles: precisam de uma atenção em saúde mental e a medida não faz o devido efeito (...) mas ele pode colocar

12. Vide posicionamento do Conselho Federal de Psicologia e da Associação Nacional dos Centros de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Anced), *Discursos de poder: tutela psi-jurídica da adolescência*, 2007. Disponível em: <http://www.cedecainter.org.brx

em risco a ele e a outras pessoas. Esses jovens, com 3, 4 latrocínios ou homicídios não podem ficar na sociedade. *Se você quer chamar isso de risco, de periculosidade, de potencialidade de reincidência (...) dê o nome que quiser, mas é um fato. Ele tem um problema de saúde mental, que a medida de internação não vai resolver (...) Penso que é um problema de saúde pública! Existem problemas de saúde que fogem à possibilidade da medicina de tratar de forma ambulatorial e é necessário contenção. A lei não esqueceu isso quando propôs a internação compulsória*" (Promotor, dez. 2004, grifos meus).

"Queremos que se criem serviços adequados para cada situação: os casos de transtornos são pouquíssimos, os que de fato precisam de tratamento especializado. A gente quer que seja uma questão médica, de saúde e que seja fora da Febem. Estimamos junto ao Imesc, Sociedade de Rorschach e Febem-SP, em torno de 200 casos para toda a população da Febem nesses anos todos (...) Não chega a 30 casos os que necessitavam mesmo de um tratamento especializado. Precisa tratar, porque senão vai sair e vai se envolver em coisa mais grave, vai ficar preso" (Juiz, jun. 2005).

"Não penso que possamos equiparar a justiça juvenil ao direito penal. A proteção integral implica evitar um risco para ele (adolescente), de se envolver em outro ato, porque ele se viola e viola a vítima. Não faz bem para o jovem estar nessa vida com os riscos que ela implica. Não penso que estamos trabalhando com a dimensão de periculosidade tal como na criminologia. Não podemos trabalhar só a partir do ato (ou da gravidade deste). Levamos em conta a pessoa, como ela está e sua evolução. Estamos *privilegiando a perspectiva da proteção: o tratamento tem esse objetivo e não manter o jovem segregado*, porque privilegiamos a brevidade e a excepcionalidade. Mas proteger é deixar um adolescente morrer?" (Juiz, jun. 2005, grifos meus).

"Não trabalhamos com os quesitos do sistema penal de adultos, muito menos com a noção de periculosidade! Esses elementos são necessários para que formássemos uma convicção: não posso opinar para um garoto voltar ao convívio social se ele não estabeleceu ressonância com a vítima, se ele não tem a mínima criticidade do que fez, se aquilo foi um ato trivial que ele pode vir a cometer novamente sem qualquer juízo crítico, se ele não desenvolveu, no ambiente de contenção, um maior entendimento que ele tem que controlar a impulsividade e a agressividade dele. Isso é importante para avaliar se ele podia retornar sem machucar ninguém, nem a ele mesmo" (Promotor, dez. 2004).

"Você percebeu a centralidade da discussão do TPAS [refere-se à pergunta da entrevistadora sobre a preocupação central com esse tema em São Paulo], porque esse é um caso sem solução e não tem [tratamento] aqui, nem no mundo. Além disso, as inúmeras descontinuidades de gestão [na Febem-SP] têm dificultado a construção de uma proposta. A maior dificuldade é de fato com esses casos, porque *esse lugar de tratamento não existe*: não adianta nem dar determinação judicial. Dar ordem para colocar onde? *Num lugar que não existe?*" (Juiz, jun. 2005, grifo meu).

Esse lugar que *não existe* (enquanto expectativa de um serviço especializado), derivou num primeiro momento (2003-2005) num *quase lugar* ou numa quase *função de exceção*,[13] como vimos pela alternativa que provisoriamente foi adotada em algumas decisões judiciais para os casos de TPAS: de suspensão da medida socioeducativa, findo o tempo legal de aplicação e o encaminhamento do adolescente para medida protetiva de internação psiquiátrica. Uma espécie de "quase medida de segurança" ou de "vácuo institucional":

"Nesses casos extremos, em que a internação e o projeto socioeducativo não foram suficientes e, passados três anos, ainda há pareceres técnicos desfavoráveis e, porque não houve soluções por parte do Estado para políticas de tratamento, nós temos feito suspender a medida (socioeducativa) e encaminhar para saúde, como medida protetiva, monitorando o tratamento até no máximo 21 anos. Depois disso, dos 21 anos, é um caso médico. Não se trata de internação para sempre; até porque em muitos dos casos que vimos, aconteceram mudanças e houve modificação do diagnóstico" (Juiz, jun. 2005).

"Suspende a internação por ter passado três anos e aplica medida de proteção de internação em hospital apropriado: primeiro não poderia determinar a medida de proteção, porque pode apenas requisitar, mas não impor. Isso é critério médico (...)" (Procurador, maio 2005)

"Ocorreu o expediente de suspensão da medida de internação, em casos de diagnóstico de TPAS, quando o jovem já completara três anos de internação. Os deficientes mentais ou psicóticos não têm entrado nessas situações. Isso já faz uma diferença no sentido de ver qual é a

13. Chamamos de "quase exceção" porque não se está "fora da lei", mas tenta-se passar de um código a outro: da justiça à psiquiatria, por exemplo, pela via da interdição psiquiátrica. Sobre o estado de exceção, ver: *Estado de exceção* (Agamben, 2004).

preocupação dos juízes e faz pensar que essa suspensão, para os casos de TPAS, de certo modo aproxima-se da idéia da medida de segurança. A suspensão é sustentada juridicamente num laudo psiquiátrico (do Imesc ou da Febem) que atesta a não condição de retorno à sociedade por conta desse diagnóstico. A responsabilidade se transfere então para a Secretaria da Saúde, que não deu até hoje resposta sobre como tratar: então tem alguns poucos jovens esperando na Febem nessa situação (...)" (Equipe Técnica do Judiciário, abr. 2005)

Em 2006, no entanto, o lugar de exceção se institucionalizaria pela via da Unidade Experimental de Saúde (UES).[14]

Em 06.05.2006, a Justiça paulista ordenou que para lá fosse transferido um jovem então recolhido em uma das unidades da Fundação Casa. Tal interno já havia completado o período máximo de privação de liberdade (três anos), mas ainda vinha sendo privado de liberdade em unidade do sistema socioeducativo, posto que submetido por determinação judicial à medida de proteção consistente no encaminhamento a equipamento de saúde que garantisse a contenção. A Secretaria de Saúde informou, na oportunidade, ser impossível operar tal encaminhamento em razão de o caso não ser elegível para hospital psiquiátrico. Tal jovem permaneceu na Fundação Casa até que, tempos depois, o próprio Poder Judiciário determinou sua remoção para a Unidade Experimental de Saúde que, até então, embora inaugurada, não se encontrava em funcionamento.

Passados cerca de seis meses do envio do jovem a esse equipamento, o governador do Estado, por meio de decreto[15] de 28.11.2007, transfere a unidade da alçada da Fundação Casa para a Secretaria de Estado da Saúde e, no mesmo mês, as Secretarias de Estado da Saúde, da Administração Penitenciária e da Justiça, esta última por intermédio da Fundação Casa, firmam um "Termo de Cooperação Técnica",[16] cujo

14. As informações nesse item sobre a UES foram extraídas dos textos *A unidade experimental de saúde – mais um triste capítulo da história de paulista no tratamento de jovens infratores*,de Flavio Frassetto (2008) e *Juventude, saúde mental e Judiciário: um capítulo ilustrativo sobre o Estado Paulista*, de Daniel A. D. Assis (2008), apresentado no Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – Belo Horizonte: Mimeo.

15. Dec. estadual 52.419/2007.

16. *DOE* 04.01.2008. Extrato de Termo de Cooperação Técnica. Processo SS 01/0001/004.735/2007. Vigência: 05 (cinco) anos, a partir de 29.11.2007.

objetivo era a "conjugação de esforços entre os partícipes visando propiciar aos adolescentes/jovens adultos, internados na unidade cujo uso foi permitido à Saúde, tratamento adequado à patologia diagnosticada, sob regime de contenção conforme determinação do Poder Judiciário".[17]

O termo de cooperação técnica aponta que a UES será utilizada para abrigar adolescentes/jovens adultos autores de atos infracionais, que cumpriram medida socioeducativa na fundação e tiveram esta medida convertida pelo Poder Judiciário em medida protetiva, por força do disposto no § 3.º do art. 121 do ECA, por serem estes portadores de diagnóstico de transtorno de personalidade e/ou possuírem alta periculosidade em virtude de seu quadro clínico.

Nessas situações, o Poder Judiciário, ainda segundo o mesmo documento, "determina que a medida protetiva seja cumprida em local onde o adolescente/jovem adulto deverá permanecer sob contenção, dispondo de tratamento psiquiátrico compatível com sua patologia". Tais jovens não teriam como serem encaminhados para hospitais psiquiátricos, já que esses últimos "obedecem às diretrizes da política de saúde mental do SUS, caracterizada por serviços que não dispõem de espaços físicos de contenção".

Desde então, a Unidade Experimental de Saúde, recebeu pelo menos outros seis internos. A maior parte deles lá não se encontrava por "conversão da medida sócio-educativa de internação em medida de proteção", como dito no termo de cooperação. Foram recolhidos, sob contenção, por ordem proferida em procedimento estranho à apuração da infração cometida e à execução da medida aplicada. Tratam-se de decisões proferidas por juízos cíveis (vara cível/família e sucessões) em processos de interdição nos quais o Ministério Público requer a internação compulsória dos jovens. De uma forma geral, quando a liberação do jovem que cumpre medida socioeducativa já se mostra iminente pelo advento de alguma das causas de liberação compulsória previstas no art. 121 do ECA (três anos de internação ou vinte e um anos de

17. No documento vem mencionado que a Fundação Casa será a responsável pela administração da unidade durante o período de transição desta para a Secretaria da Saúde, esta "fica responsável por 'indicar o gestor da unidade e a equipe médica responsável pelo tratamento dos internos' e, finalmente, à Administração Penitenciária cabe a indicação do responsável pela coordenação de segurança da unidade, determinando as medidas de segurança apropriadas de modo a garantir a contenção dos internos".

idade) o promotor de justiça da vara responsável pelo acompanhamento da execução da medida socioeducativa promove gestões para que outro promotor, que atua na vara cível/família da região de moradia do jovem, promova a ação de interdição com pedido de internação psiquiátrica.

Nessas ações, argumentando que tais pessoas são incapazes de se autogovernarem para os atos da vida civil além de – e principalmente – perigosos para a sociedade, o Ministério Público – fora da jurisdição penal ou infracional – demanda da Justiça ordem para manter o jovem sob contenção.

Esta ordem de recolhimento, assim, não está diretamente ligada à prática da infração pretérita, que em geral resultou no cumprimento do tempo máximo de reprimenda imposta pela Justiça sob forma de medida socioeducativa. Ela se funda em um suposto risco de infração futura previsto por algum psiquiatra.

As ordens de internação originadas nesses processos de interdição têm como característica a absoluta indeterminação do tempo de privação de liberdade. Não há qualquer referência nem mesmo a prazos de reavaliação do caso, nem definição da equipe incumbida de promovê-la. Assim, a Unidade Experimental de Saúde no momento de sua criação em tudo se assemelhava a um hospital de custódia e tratamento destinado ao cumprimento de medida de segurança por adultos.[18]

A unidade teve, no entanto, nova regulamentação por meio de Dec. estadual 53.427, do Governo do Estado de São Paulo, de 16.09.2008.[19]

18. Art. 99 da LEP: "O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do CP". Para detalhamento dessa discussão remeto vocês aos trabalhos já referidos na nota 13 de Flavio Frasseto (2008) e Daniel Assis (2008) que nos esclarecem que a esses jovens não se pode aplicar medida de segurança. Para tanto, era necessário que tivessem cometido seus crimes graves com mais de 18 anos. Todos eles, contudo, infracionaram quando ainda menores de idade. Para eles não se aplica a legislação de adultos, aplica-se a legislação especial, que não prevê a hipótese de medida de segurança, apenas medida socioeducativa, que acaba com 3 anos de duração ou 21 anos de idade. Não existe medida de segurança para quem praticou crime na menoridade.

19. O Decreto, "considerando as determinações do Poder Judiciário ao Executivo para que adolescentes e jovens adultos, autores de atos infracionais graves, portadores de distúrbios de personalidade e de alta periculosidade, tenham

3. Por que problematizar a temática do transtorno mental e da criminalidade na adolescência?

O tema dos transtornos mentais associados à criminalidade inserem-se no campo da substituição do direito penal do fato pelo direito penal do autor. Ou seja, do Estado, quando do exercício de seu poder de repressão penal, responder, não a uma conduta concreta de uma pessoa, mas responder ao *delinqüente*, ao *desviante*, como categoria definida (preconcebida e constituída/configurada normativamente) pela própria lei (ou pelo conjunto de leis): nesse caso, ao crime como doença (seja de ordem genética, moral, psiquiátrica ou social) que demanda cura e tratamento, no limite, preventivo. Não se pune assim pelo que o sujeito objetivamente fez, mas sim pelos diagnósticos irrefutáveis de personalidade perigosa, desviada etc. Com isso, uma das bases do liberalismo que norteia um Estado Democrático de Direito fica impedida: o direito de cada um ser e permanecer ele mesmo, e, portanto, a negação ao Estado de indagar sobre a personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente através de medidas de premiação ou de punição por aquilo que ele é e não por aquilo que ele fez. (Lopes Junior, 2003).

Cabe lembrar que, anteriormente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o encaminhamento de crianças e adolescentes internos da Febem para instituições psiquiátricas já ocorria inclusive como "punição por indisciplina" (Dantas, 1985, apud Bentes, 1999) e, em vários casos, "sem justificativa técnica para serem internados" (Lima, 1993, apud Bentes, 1999). Num período em que a política de saúde tinha um caráter excludente, segregador e privatizante, podia-se transformar abandono, carência ou pobreza em doença mental, mas o Estatuto da Criança e do

> a conversão da medida socioeducativa em medida protetiva, recebendo tratamento psiquiátrico em local com contenção; e considerando que a política de saúde mental do Sistema Único de Saúde – SUS/SP preconiza a atenção psiquiátrica, quando hospitalar, em ambientes livres de contenção e preferencialmente em hospitais gerais", cria, na Secretaria da Saúde, a Unidade Experimental de Saúde à qual cabe "cumprir, exclusivamente, as determinações do Poder Judiciário de tratamento psiquiátrico em regime de contenção, para atendimento de adolescentes e jovens adultos com diagnóstico de distúrbio de personalidade, de alta periculosidade: *a)* egressos da Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente – Fundação Casa/SP, que cometeram graves atos infracionais; *b)* que forem interditados pelas Varas de Família e Sucessões" (art. 2.°, I, Dec. 53.427/2008).

Adolescente e a reforma psiquiátrica colocaram novos ingredientes nessa discussão, como veremos a seguir. No entanto, como vemos na pesquisa de Bentes (1999), em torno da internação psiquiátrica de adolescentes por mandado judicial, o uso do aparato psiquiátrico, pela via judicial, para internação de adolescentes com "distúrbios de conduta" parece ser uma forma "reciclada" de sustentar a segregação dos mesmos.

A psiquiatrização dos adolescentes caminha na direção do paradigma emergente de gestão dos chamados indesejáveis e perigosos marcado pelo recurso cada vez maior ao encarceramento em detrimento do investimento em políticas sociais e na radicalização da política punitiva como resposta ao aumento da desigualdade social, da violência e da insegurança. No âmbito dessa radicalização inclui-se a patologização da conduta criminosa. (Kolker, 2005), movimento visível também no DSM-III.[20] Conforme Almeida (2007), em seu estudo sobre a genealogia da *periculosidade* na legislação penal brasileira, o DSM-III (1980) e sua edição revisada DSM-III-R (1987) mudaram a caracterização e nomenclatura do diagnóstico de psicopatia, colocando a ênfase nas explicações estritamente *comportamentais*, consideradas mais precisas para a descrição do quadro clínico e não mais nas relações sociais do indivíduo e nas *causas externas* de sua anti-socialidade, anteriormente consideradas.

"O então criado Transtorno Anti-Social de Personalidade (TASP) descreve um indivíduo com um padrão crônico de infrações legais e comportamentos anti-sociais iniciados desde a infância. Desta forma, a aplicação do diagnóstico de TASP fica restrita à prática de atos criminosos, ao mesmo tempo em que estende a aplicação deste diagnóstico à maior parte dos autores de crimes encarcerados. Isto permite a autores como McCallum (2001) sustentar a crítica de que, a partir do DSM-III pode-se identificar uma clara tendência da APA na progressiva patologização de condutas criminais, movimento este que é concomitante ao endurecimento da política criminal norte-americana a partir da década de 1980" (Almeida, 2007).

De outro lado, o tema do transtorno de personalidade anti-social no âmbito da psicopatologia é um tema paradigmático. Não é difícil pensar

20. DSM é a sigla da nomenclatura em inglês do Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, uma publicação da American Psychiatric Association, Washington D.C., que se encontra em sua 4. ed. (1994), conhecida pela designação "DSM-IV".

o porquê: talvez mais do que a loucura (que também se viu socialmente atravessada pela questão da moral, da periculosidade), os chamados distúrbios da personalidade, nos quais a psiquiatria inclui as personalidades anti-sociais, por estarem tão vizinhos à temática do desvio e da divergência, são fortemente atravessados ou tematizados numa lógica da moralidade e da *normalização* que os transformam em uma espécie de tema crítico. Crítico em muitos sentidos: porque colocam em análise a função social de determinados conceitos e práticas do campo psicopatológico, especialmente daquelas que fizeram muitos estudiosos problematizar a psiquiatria como uma *ciência política*, principalmente quando ela se põe a predizer pela via da peritagem das disposições periculosas de um sujeito (Birman, 1978; Castel, 1978). Afinal, a ampliação dos domínios da psiquiatria na direção do estabelecimento da relação de anomalias com a infração, ou da natureza patológica da criminalidade foi colocada pela pergunta sobre a periculosidade (Foucault, 2001). A psiquiatria ganhará institucionalidade no campo da higiene pública definindo-se como um saber-poder ligado à prevenção e à precaução no interior da sociedade, de onde já podemos perceber, a definição da periculosidade sempre foi um problema de ordem pública e não da natureza do sofrimento psíquico.

Outro dado que faz com que esse tema nos exija um olhar crítico é o fato de que são considerados bastante freqüentes pela epidemiologia psiquiátrica (estima-se em torno de 10% a 13 % da população e 4 % para os casos mais graves), estando as taxas mais altas nos estratos mais pobres da população e em comunidades marginalizadas (onde predominam a violência e a desagregação familiar) (Dalgalarrondo, 2000).

Além disso, na cultura da clínica psiquiátrica, a psicopatia continua a representar "um dos capítulos mais ambíguos, controversos e dificilmente delineável, expressa também na dificuldade em delinear um exato e autônomo quadro sintomatológico" (Basaglia, 2005, p. 196). Aqui cabe uma observação ou um parêntese: a temática "distúrbios da personalidade", pelo menos na acepção que lhe dá a OMS (por meio da CID-10)[21], não se reduz aos transtornos anti-sociais ou dissociais: ela é bastante vasta, percorrendo uma diversidade de padrões de comporta-

21. CID-10 é a "Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde" em sua 10.ª Revisão. Esta Classificação foi aprovada em Conferência Internacional, convocada pela OMS, realizada em Genebra no ano de 1989, tendo a CID-10 entrado em vigor apenas

mento desarmônicos que podem afetar vários aspectos da vida do indivíduo (como afetividade, relacionamento, controle de impulsos, etc.), expressando-se de múltiplas formas: transtornos obsessivos, ansiosos até os transtornos anti-sociais.[22]

Se é um território que se confunde com as chamadas neuroses de caráter, vamos, no entanto, nos ater aos chamados transtornos de personalidade anti-social. Afinal a idéia de território dos "distúrbios graves, mas sem sintomas de loucura", que a psiquiatria nascente, no início do século XIX, logo tratou de circunscrever, iniciou-se pela idéia de uma *insanidade moral*, ou dos *doentes morais*, essas patologias da vontade que derivaram depois na idéia de psicopatia e de transtornos de personalidade anti-social.[23]

a 01.01.1993, após a necessária preparação de material de orientação e formação.

22. Cabe lembrar que, desde 1980, a partir da terceira edição do DSM (APA), que o chamado distúrbio borderline, anteriormente uma categoria mais vaga e referida a estados intermediários entre neurose e psicose, passa a ser tratada como distúrbio específico de personalidade, no qual comportamentos impulsivos, autolesivos, sentimentos de vazio interno e defesas egóicas muito primitivas seriam predominantes. Migração aparentemente sem retorno segundo Dalgalarrondo (1999), incorporada pela OMS, CID-10 em 1992. O quadro tem sido frequentemente diagnosticado em adolescentes e adultos jovens com comportamento impulsivo/autodestrutivo, uso de drogas e com sérios problemas de identidade (APA, 1994, apud Dalgalarrondo, P. e Vilela, W. A., 1999)
23. Segundo Foucault (2001, 2004), a enunciação da loucura moral explicaria essas estranhas figuras – que cometiam crimes graves, cruéis, sem razão aparente, sem interesse, e também sem perturbação intelectual, sem delírio. A dificuldade de responsabilizar e de julgar alguém a quem não se podia atribuir alguma racionalidade ao delito e a quem não se podia atribuir o diagnóstico de demência, colocou questões para o aparelho de punir. A psiquiatria respondeu a esse problema com a construção da "coerção interior, patologia da vontade, patologia moral". O que a temática dos doentes morais vem abrir é uma extensão dos domínios da psiquiatria, uma ampliação da gestão dos problemas sociais pela via da medicalização, agora para além da loucura desarrazoada, incidindo no campo da *vontade*. A psiquiatria se comporá com a justiça para a "inspeção da conduta moral" e as perícias psiquiátricas tornar-se-ão uma prática amplamente aceita nos processos judiciários. Segundo Almeida (2007), desde os primeiros códigos penais, a justiça demanda à medicina não apenas responder em quais condições um sujeito pode responder por seus atos, mas, sobretudo, descrever aqueles

Finalmente, penso que esse é um tema crítico ainda por nos instigar a pensar no exercício clínico na sua dimensão ética e não moral, ou seja, não como lugar de controle, tutela ou disciplinarização da vida, mas como crítica de si mesmo que explicite uma atitude responsável e singular frente à própria existência.

Os TPAS no campo da psicopatologia são considerados anomalias do desenvolvimento psicológico e não doenças. Os próprios estudiosos do campo no Brasil (Morana e Mendes Filho, 2001) concordam que na psiquiatria esse é um campo controvertido seja em sua definição, categorização, diagnóstico ou tratamento, pois, a maior parte dos estudos psiquiátricos desse campo relaciona-se à idéia de degeneração, avaliada segundo os moldes morais ou parâmetros éticos do relacionamento humano.

"Isso carreta obstáculos de difícil transposição, uma vez que desloca o problema da caracterização de patologia, em sentido médico, para o de anomalia ou diferença entre estilos de existência que podem ser indesejáveis, uma vez que os seres humanos somente se desenvolvem no meio social" (p. 106).

Além disso, sabe-se que a confiabilidade diagnóstica desse transtorno é baixa (Dhossche, 1999, apud Morana e Mendes Filho, 2001, p. 112).

O próprio CID 10 adverte que:

"Em todas as classificações psiquiátricas atuais, transtornos de personalidade em adultos incluem problemas graves, cuja solução requer informação que pode vir apenas a partir de investigações extensas e que consomem muito tempo. A diferença entre observações e interpretação se torna particularmente problemática quando são feitas tentativas de redigir diretrizes ou critérios diagnósticos detalhados para esses transtornos e o número de critérios que têm que ser preenchidos antes que um diagnóstico seja considerado como confirmado, permanece um problema não solucionado à luz do conhecimento atual" (Who, CID-10, 1993, p. 17).

Tanto o CID-10 quanto o DSM-IV trazem recomendações expressas de que seja evitado o diagnóstico de TPAS na infância e na adolescência. "É improvável que o diagnóstico de transtorno de personalidade seja

estados mentais ou disposições de personalidade que, por si só, poderiam conduzir à conduta criminosa. O construto clínico *psicopatia* é aquele que, atualmente, responde de modo mais direto a esta demanda do direito penal à psiquiatria.

apropriado antes da idade de 16 ou 17 anos" (op. cit., p. 197). O DSM é ainda mais rigoroso estabelecendo como critério diagnóstico necessário para o Transtorno da Personalidade Anti-Social (F60.2 – 301.7) o indivíduo ter no mínimo 18 anos de idade.[24]

Assim, o conceito de TPAS pressupõe estabilidade de traços incompatível com intensas transformações biopsicossociais do período adolescente. Tratando-se o adolescente de pessoa ainda em condição de desenvolvimento (condição essa que deve ser obrigatoriamente considerada por todos os profissionais por força do art. 6.º do ECA), não se recomenda o fechamento de um diagnóstico de tal natureza para pessoas nessa faixa etária.[25]

Além disso, a noção de periculosidade, que foi uma das bases de configuração de uma psiquiatria criminológica, passa a ser intensamente problematizada nos últimos trinta anos. A consistência científica do conceito foi questionada: – pela ruptura do nexo causal entre enfermidade e periculosidade; – pelo questionamento da *certeza diagnóstica* e da competência e capacidade preditiva da psiquiatria no tocante à periculosidade e pela "crise e dissolução do paradigma positivista-organicista", com o desenvolvimento dos enfoques sociais e interacionistas no tocante ao sofrimento mental (De Leonardis, 1998; Pitch, 2003). Com o acúmulo desses elementos críticos, o debate psiquiátrico pôs em evidência que a periculosidade é uma noção jurídica e não um diagnóstico clínico ou médico. A própria Associação Americana de Psiquiatria, assumiu essa perspectiva em 1974:

"Está claro que a periculosidade não é um diagnóstico psiquiátrico nem médico, mas que investe questões de definição e julgamento jurídicos, assim como questões de política social. Não se estabeleceu uma competência científica da psiquiatria na predição de periculosidade e os

24. Disponível em: <http://www.psicologia.com.pt/instrumentos/dsm_cid/dsm.php>.

25. O Estatuto da Criança e do Adolesente promoveu o divórcio do contrato social que homogeiniza e difunde o diagnóstico de distúrbio de comportamento para todas as crianças e jovens que apresentassem algum risco ao convívio social (Leite, Bentes e Schmid 2001, p. 157). E, mesmo que os transtornos manifestem-se desde fases precoces do desenvolvimento (problemas de conduta emergem como fator consistente e preditivo de Transtorno Anti-Social de Personalidade) não se justifica que esses sejam utilizados como elementos de defesa social (Frasseto, 2008).

médicos deveriam renunciar a julgamentos conclusivos nesse campo." (De Leonardis, 1998, p. 431)

Ainda que possamos pensar que a convocação da psiquiatria nessa discussão pretenda a inclusão de um tratamento clínico da questão, seria o caso de indagarmos se, pela via do transtorno de personalidade anti-social, é possível essa construção. Afinal, o TPAS propõe pensar o jovem no paradigma de uma patologia *quase incurável*.[26] A colocação do sujeito como portador de *transtorno de personalidade* dificulta que ele se reconheça com suas determinações inconscientes e sócio-históricas e impede que ele demande, que ele apele ao campo social, que faça laço social, porque ele está numa posição absolutamente objetificada.

Além disso, diversos e consistentes estudos sobre adolescência são contrários à abordagem da tendência anti-social ou do ato infracional na perspectiva de um transtorno de personalidade (Winnicott, 1987; Oliveira, 2001). Ao contrário, apontam que a patologização desses sinais na adolescência tende a precipitar o comportamento indesejado. O fato de a própria adolescência constituir-se como uma espécie de crise normativa, em que a estruturação da identidade do indivíduo está se definindo, revela que é preciso que o "mundo adulto" não precipite as experimentações adolescentes em formas patológicas.

4. Há outras maneiras de pensar as injunções subjetivas e de sofrimento psíquico do adolescente autor de ato infracional?

Com a reforma psiquiátrica, os pacientes psiquiátricos considerados incapazes e não responsáveis por seus atos, anteriormente tratados de acordo com o modelo de uma tutela completa (internação psiquiátrica) passam a ser atendidos num modelo em que a responsabilidade e a capacidade de cada um são tomadas como questão central da clínica.

As experiências desenvolvidas na Itália, a partir da Lei 180 (1978) e da Sentença 139 (1982) da Corte Constitucional e a prática contem-

26. A figura do sociopata ou do indivíduo acometido de Transtorno Anti-Social de Personalidade é indicativa da crença em uma determinada essência não humana. Trata-se de um indivíduo incapaz, segundo os pareceres criminológicos, de culpa e arrependimento; desta forma, estariam como que apartados do restante do humano, com um psiquismo próprio e degenerado. Essa posição desconsidera que as leis são fundamentadas na cultura e comportamentos convencionados na diversidade dos grupos humanos (Hoenisch, 2002).

porânea em saúde mental, possibilitou que fosse rompida a vinculação histórica entre periculosidade social e doença mental:

– do lado dos procedimentos jurídicos, desmontando a lógica de internação automática em manicômio judiciário e abrindo outras possibilidades: a da imputabilidade do doente mental, quando estiver de posse de sua possibilidade de escolha e decisão ou de ser considerado não necessariamente perigoso socialmente, quando considerado incapacitado no momento da infração, podendo ficar sob fiança dos serviços abertos.

– do lado da clínica, demonstrando como os estereótipos da periculosidade e da incompreensibilidade encobrem ou impedem que a situação de sofrimento seja superada e mostrando que é possível trabalhar e transformar a agressividade, pois todo gesto pode ser compreendido desde que se tome em conta o contexto de relações que o produz (Barros, 1994; Vicentin, 2005a).

Assim, a posição dos atores da saúde mental compromissados com essa ética é de:

– recusa da utilização dos diagnósticos e das terapêuticas em saúde como instrumento de criminalização ou de legitimidade para as tecnologias punitivas;

– entendimento que a dimensão central do campo da saúde mental é clínica do sofrimento mental, isto é, tratamento, assistência ou terapêutica;

– a direção dessa clínica é a da *reabilitação psicossocial* e não a do modelo *manicomial*. (Vasconcelos, 2008). Nessa perspectiva advoga-se pela construção da autonomia e da implicação subjetiva. A utilização dessa dimensão para outros fins transformaria a clínica numa agência de controle. Numa ética clínica, a idéia de implicação subjetiva do sujeito está limitada ao campo da nossa intervenção e só deve ter operatividade num âmbito psicossocial ou terapêutico;

– pode haver, em determinadas situações, relação entre crime e doença mental. Nesses casos, é possível interferir nos destinos deste sofrimento pela construção de circuitos de acolhida e intervenção terapêutica capazes de alterar a posição do sujeito.

Assim, entendemos que existem espaços para pensar as relações entre os sistemas assistenciais, especialmente os psi, e os de justiça de modo que eles não se coloquem um como fonte de legitimação do outro

ou em que as ações de saúde mental façam a função de *continuum* disciplinador com o cárcere no centro.

Ao recusar uma clínica criminológica, isto é, uma clínica, como nos mostra Zaffaroni (1993), centrada na etiologia bio-psico-social da conduta criminal a nível individual, pensamos numa clínica da vulnerabilidade que permita "ajudar as pessoas a diminuir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal" (p. 26). A tarefa central desta clínica, ainda segundo este autor, seria de distinguir entre os processos de produção de vulnerabilidade prévios à intervenção do sistema de justiça e a análise dos agentes que os desenvolveram por sua ação ou omissão e os processos de vulnerabilidade produzidos pela trajetória no sistema de justiça e nas agências sociais por ele acionadas. Ao identificar esses fatores, o trabalho *psi* deve ser de apoio à superação ou reversão desses danos. A modificação das condições de produção de vulnerabilidade é uma operação em que vários atores devem estar envolvidos. O ato infracional, ao ser compreendido no conjunto de vínculos a que se refere, revela intersecções de situações pessoais, sociais e institucionais. Dentre esses, elementos relativos aos transtornos mentais podem jogar um papel singular na sua construção. Nesse caso, os sistemas de saúde podem ter algo a fazer na direção da construção da implicação subjetiva dos sujeitos.

No entanto, em recente pesquisa em torno das avaliações psicológicas realizadas a pedido do Poder Judiciário para decisões em torno da execução da medida socioeducativa (também no sistema de justiça da cidade de São Paulo), Frasseto (2005) conclui que a periculosidade (compreendida principalmente como risco de voltar a reincidir), não obstante tratar-se de conceito em crise na criminologia e absolutamente não operacional do ponto de vista jurídico (quase abolido no sistema penal dos adultos), é parte significativa dos argumentos constantes nas avaliações sugestivas da necessidade de internação (e não apenas naquelas em que levanta a hipótese de um TPAS). Essas avaliações sustentam a seguinte lógica: levanta-se a história de vida, dela extraem-se características psicológicas do adolescente que seriam a explicação do comportamento infracional passado e, por derivação, projetável para o futuro. O autor analisa diferentes alegações dos profissionais constantes nos laudos para a sugestão de internação e identifica, entre outras, a recorrente associação prática infracional e fatores psicológicos:

"O avaliador, psicólogo que é, tenta compreender o crime na sua dimensão de comportamento humano concreto de um indivíduo singular. Ainda que se contextualize esse sujeito na história, cultura, classe social,

estrutura e conjuntura macro-econômica, o delito será sempre referenciado em termos de seus determinantes pessoais. O meio externo é convertido em fator exógeno de subjetivação e só importa nesta dimensão incorporada na construção do sujeito. Este enfoque (...) insere o laudo, inarredavelmente, na lógica da periculosidade" (Frasseto, 2005, p. 92).

As observações do autor problematizam a utilização da avaliação *psi* no âmbito da execução das medidas socioeducativas também pelo desmedido valor de verdade outorgado ao diagnóstico-prognóstico psicológico, além de um crédito quase incondicionado na eficácia da terapêutica recomendada.

Vimos que o sistema de justiça faz uso da função *psi* não apenas quando existem sinais de mal-estar psíquico, mas também quando se trata de delitos graves e de motivações não compreensíveis do ato infracional. Vimos também que do lado da Psicologia, ainda inscreve-se a função de normalização e de controle social. Assim, estamos num momento em que os antigos pressupostos e as velhas metodologias ainda são demandadas, mas têm sido colocadas em crise pela reforma psiquiátrica, pelas vertentes críticas da criminologia e do direito penal e, de certa forma sua existência/competência está sujeita a inúmeros debates e questionamentos.

Defendemos uma direção de articulação entre o campo *psi* e a justiça que não dá lugar a uma "nova ciência penal integrada", mas, ao contrário, tensiona a função da psiquiatria forense ou da psicologia judiciária, alinhando-se a uma clínica psicossocial. Dito de outro modo: sistema de justiça e sistema de saúde devem ser *disjuntos* quando se trata de definir as modalidades legais (penais e de atribuição de medida) pelas quais um adolescente deve ser responsabilizado, mas devem estar juntos na direção dos processos de socioeducação, de reabilitação psicossocial e de desinstitucionalização.

Referências bibliográficas

Agamben, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

Almeida, Francis Moraes de. Máscaras da Insanidade: emergências e ressurgências do conceito de psicopatia na psiquiatria contemporânea. *Psychiatry on line Brasil*, v. 12, n. 12, dez. 2007. Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano07/wal1207.php>. Acesso em: 07.01.2008.

Assis, Daniel A. D. *Juventude, saúde mental e Judiciário: um capítulo ilustrativo sobre o Estado Paulista*. Apresentado no Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Belo Horizonte: Mimeo, ago. 2008.

BARROS, Denise. *Jardins de Abel. Desconstrução do manicômio de Trieste*. São Paulo: Lemos/Edusp, 1994.

BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BENTES, A. L. Seabra. *Tudo como dantes no quartel d'Abrantes: estudo das internações psiquiátricas de crianças e adolescentes através de encaminhamento judicial*. Dissertação de Mestrado. Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal. 1978.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA E ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ANCED). Discursos de poder: tutela psi-jurídica da adolescência, 2007. Disponível em: <http://www.cedecainter.org.br/portal/e107_files/downloads/posicionamento_cfp_anced_tutela_psijurudica_final_site.pdf>. Acesso em: 21.11.2008.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

_____; VILELA, W. Alves. Transtorno borderline: história e atualidade. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental* II, 2/52-71. São Paulo, 1999.

DE LEONARDIS, O. Estatuto y figuras de la peligrosidad social. Entre psiquiatría reformada y sistema penal: notas sociológicas. *Revista de Ciencias Penales* 4/429-449. Montevideo, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. História da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. *Microfísica do poder*. 7. ed. Trad. e org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. A evolução da noção de *Indivíduo Perigoso* na psiquiatria legal do séc. XIX. MOTTA, M. B. (org.) *Ditos e escritos* v. *ética, sexualidade, política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRASSETO, Flavio. *Avaliação psicológica em adolescentes privados de liberdade: uma crítica à execução da medida de internação*. Dissertação de mestrado, São Paulo, Instituto de Psicologia/USP, 2005.

_____. *A unidade experimental de saúde – mais um triste capítulo da história de paulista no tratamento de jovens infratores*. São Paulo: Mimeo, 2008.

GUEMUREMAN, S.; DAROQUI, A. *La niñez ajusticiada*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

HOENISCH, J. C. D.; Pacheco. A psicologia e suas transições: desconstruindo a lente psicológica na perícia. In: CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JOIA, Julia. *A interface psi-jurídica: estudo de internações de adolescentes por determinação judicial no Hospital Psiquiátrico Pinel.* Relatório final de pesquisa de Iniciação Científica. São Paulo: Cepe/PUC, 2006.

KOLKER, Tânia. Instituições totais no século XXI. In: MENEGAT, Marildo; NÉRI, Regina (orgs.). *Criminologia e subjetividade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEITE, Ligia C.; BENTES, Ana L.; SCHIMID, Patricia C. Menor infrator, menor louco? O caso de Honório. In: MORAES, Talvane. *Ética e psiquiatria forense.* Rio de Janeiro: IPUB-IFRJ/Cuca, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. *Boletim IBCCrim* 10-123/11-13. São Paulo, fev. 2003.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina.* São Paulo: Hucitec/Instituto Ayrton Senna, 1998.

MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy. Revisão sobre transtornos de personalidade. In: MORAES, Talvane. *Ética e psiquiatria forense.* Rio de Janeiro: IPUB-IFRJ/ Cuca, 2001.

OLIVEIRA, C. S. *Sobrevivendo no inferno.* Porto Alegre: Sulinas, 2001.

PITCH, Tamar. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

SARTI, Cynthia A. *A saúde mental na "nova Febem". Projeto Quixote.* Relatório interno de trabalho apresentado à Febem. Departamento de Psiquiatria da Unifesp. São Paulo: Mimeo, 2000.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Abordagens psicossociais. História, teoria e trabalho no campo.* São Paulo: Hucitec, 2008. vol. 1.

VICENTIN, Maria Cristina G. Responsabilidade penal juvenil: problematizações para a interface psi-jurídica. *RBCCrim* 53/319, São Paulo: Ed. RT, 2005a.

_____. *Interfaces psi-jurídicas: a psiquiatrização do adolescente em conflito com a lei.* Relatório final de pesquisa. Comissão de Ensino e Pesquisa da PUC, São Paulo: Mimeo, 2005b.

_____. *A vida em rebelião. Jovens em conflito com a lei.* São Paulo: Hucitec/ Fapesp. 2005c.

_____. A questão da responsabilidade penal juvenil: notas para uma perspectiva ético-política. In: ABMP, ILANUD, SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização.* São Paulo: Ilanud, 2006.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WINNICOT, D. W. *Privação e delinquência.* São Paulo: Martins Fontes, 1987.

WHO. *Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

ZAFFARONI, E. R. *Criminología. Aproximación desde un margen.* Bogotá: Temis, 1993.

IV SISTEMA PRISIONAL

1
O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político

KARINA NOGUEIRA VASCONCELOS

Mestre pela Università degli Studi di Lecce, sob a orientação do Prof. Massimo Pavarini. Bacharel em Direito pela UniCaP. Professora de Direito Penal e Filosofia do Direito da UniCaP. Advogada. Integrante do corpo de especialistas do Depen – Ministério da Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Trata-se de uma breve análise da história de um sistema em expansão – o cárcere –, relacionando-o com os modelos de controle social desenvolvidos na Modernidade e seus reflexos atuais. Não obstante a diminuição da população carcerária, durante certos períodos em alguns países europeus e mesmo nos Estados Unidos, acompanhada pelo surgimento de teorias abolicionistas ou mesmo protagonistas das lutas por um Direito Penal Mínimo e da ausência de fundamentação teórica ao cárcere, pois as teorias que outrora o fundamentaram, hoje não o apóiam mais, visto tal ambiente não mais atender aos ideias de pena justa ou mesmo de pena útil, o sistema prisional continua a expandir-se. Hoje, principalmente, com o difundir-se das doutrinas de tolerância zero, das

ABSTRACT: This paper is a brief analysis of the history of a system under expansion – the prison system – relating it to the models of social control, which have been developed in modern times, and its current effects. Despite the reduction in the number of inmates during certain periods in some European counties and even in the United States, accompanied by the rise of theories of abolishment or even those defending the struggle for minimum Criminal Law and the absence of theoretic fundaments, which used to support the prison system but no longer does, since it does not meet the ideals of fair punishment or even beneficial punishment, the prison system continues to expand. Today, especially with the dissemination of the zero tolerance doctrine, prison privatizations, policies

privatizações de presídios, das políticas contra imigrantes, terroristas e pobres, os cárceres europeus e norte e sul-americanos encontram-se superpopulosos.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere – Controle social – Crise do Estado Social – "Tolerância zero".

against immigrants, terrorists and the low-income population, European, North and South American prisons are overpopulated.

KEYWORDS: Prison – Social control – Crisis of the Social State – "Zero tolerance".

SUMÁRIO: 1. O cárcere como um "sistema em expansão" – 2. As diversas manifestações do controle social – 3. As discrepâncias prático-teóricas nas alternativas ao cárcere: entre o problema da ressocialização e as alternativas do abolicionismo penal e do direito penal mínimo – 4. O superamento do cárcere e a discussão pós-moderna: a crise do Estado Social – 5. Por que tantos presos? – 6. A doutrina da "Tolerância Zero" –Referências bibliográficas.

1. O CÁRCERE COMO UM "SISTEMA EM EXPANSÃO"

Elaborando um esquema temporal de desenvolvimento carcerário, é possível afirmar que o cárcere, apesar de tudo, é "um sistema em expansão".[1] Vale destacar, resumidamente, as fases históricas de sedimentação e expansão do cárcere com o escopo de entrar na atualidade de sua expansão. Mathiesen didaticamente distribui essas fases em três momentos que vale a pena reproduzir.

A primeira fase, que corresponde ao desenvolvimento das "casas de internamento" do séc. XVII, caracteriza-se pelo uso do internamento em uma instituição como suplemento de pena e não como subsituição às penas que, até então, eram eminentemente corporais. Essas casas receberam diferentes nomes: na França, chamou-se hospital; na Alemanha e Holanda, chamaram-se penitenciárias; na Grã-Bretanha, chamou-se de casa de trabalho e casa de correção.[2]

Essa primeira fase caracterizou-se também pelo internamento prevalentemente de pobres vagabundos, mendigos e pessoas desempregadas que cometeram crimes contra a propriedade submetidos a trabalhos

1. MATHIESEN, Thomas. *Perché il carcere?* Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996, p. 32.
2. MATHIESEN, 1996, p. 32.

forçados.[3] A grande questão colocada por Mathiesen é o porquê desse grande internamento e, a tal questionamento, o autor procura responder unindo a explicação de Rusche e Kirccheimer com a de Foucault. Afirma, portanto, o autor:

"A minha idéia é que se deve ampliar o horizonte em vez de concentra-se simplesmente nas ocilações do mercado de trabalho. Com a queda da sociedade feudal e o conseqüente abandono do campo pelos servos da gleba, entre os séculos XVI e XVII, um grande contingente de pessoas se torna disponível para o mercado de trabalho. No séc. XVI, as cidades eram quase superlotadas de mão-de-obra. (Wilson, 1969, p. 125; Cole, 1939, vol. 1, p. 264 e 270 s.): por isso, compreendeu-se, pouco a pouco, que a questão dos mendigos e vagabundos era de importância decisiva para manter a ordem." É recorrente nos relatórios, citações, regulamentos e providências da época, que o formidável problema que se teria tentado resolver com criação de novas instituições era exatamente a vagabundagem. Os vagabundos criavam obstáculos tanto à produção quanto ao comércio, atividades estas que exigiam meios de comunicação seguros, fazendo surgir, portanto, o grande problema de tutela da ordem social. Torna-se, assim, explicável que se pudesse continuar também a utilizar as punições físicas. Como esclareceu Foucault, a casa de internamento era "a última das grandes medidas que foram adotadas a partir da *Renaissance* para pôr fim à desocupação ou, ao menos, à mendicância" (Foucault, 1961, trad. it., p. 68). Colocar então os internados para trabalhar era uma prática que muito se harmonizava com a filosofia do mercantilismo econômico.[4]

3. "In Olanda, i prigionieri riducevano in schegge una qualità di legno del Brasile e la polvere grossolana che se ne ricavava era impiegata come materia prima nei colorifici. Il penitenziario di Amsterdam aveva il monopolio di quest'attività, assai redditizia (...) In molti istituti francesi gli internati stavano seduti a lavorare ai ferri: producevano cappeli, berretti, calze e altri indumenti che si dovevano in precedenza importare dalle isole normanne (...) Negli istituti tedeschi e inglesi, infine, i prigionieri erano impiegati per lo più in lavori produttivi di diverso genere." Mathiesen, 1996, p. 33.

4. "La mia idea è che si debba allargare l'orizzonte, invece di concentrarsi semplicemente sulle oscillazioni del mercato del lavoro. Con il crollo della società feudale e il conseguente abbandono delle campagne da parte dei servi della gleba, tra il XVI e il XVII secolo una grande moltitudine di persone divenne disponibile per l'attività lavorativa. Nel Seicento le città erano quasi sovraffollate di manodopera (Wilson, 1969, p. 125; Cole, 1939, vol. 1, p. 264 e 270 s.): si comprese perciò via via che la questione dei mendicanti e

A segunda fase, delimitada temporalmente entre os anos de 1750 e 1825, caracteriza-se pelo estruturar-se do cárcere como verdadeira instituição para criminosos, diminuindo progressivamente as punições corporais.[5] Esse período é coincidente com o instarurar-se do modo de produção capitalista, baseado idealmente na liberdade formal da classe trabalhadora que poderia direcionar-se para o trabalho melhor remunerado concorrencialmente.

Pensando o cárcere no contexto do capitalismo nascente, afirma Mathiesen que as penas corporais já não eram condizentes ou necessárias a esse proletariado livre (ainda que ideologicamente). Condizentes com as necessidades do sistema industrial de cadeias de montagem seriam penas que adestrassem o proletariado rebelde à disciplina industrial. As novas prisões se tornam, portanto, cárceres disciplinares, minuciosamente organizados, regulados e disciplinados.[6]

Fazendo um paralelo entre essas duas primeiras fases, Mathiesen constata grandes semelhanças:

Se compararmos a situação do seiscentesca com a oitocentesca, registramos diferenças e semelhanças. Diferentes eram sobretudo as tarefas concretas confiadas ao sistema de institutos públicos: na primeira fase do desenvolvimento deles, tratava-se de administrar a crescente massa de mendigos e vagabundos; no séc. XIX, na segunda fase, tratava-se muito mais de administrar os infratores nas filas da mão-de-obra. A mais importante semelhança, porém, consiste no fato de que, em ambos os casos, as forças da ordem haviam experimentado a utilidade e, mais

dei vagabondi era d'importanza decisiva per mantenere l'ordine. Ricorrere in rapporti, citazioni, regolamenti e provvedimenti dell'epoca, che il formidabile problema al quale si sarebbe cercato di rispondere con le nuove istituzioni era proprio il vagabondaggio. I vagabondi creavano ostacoli sia alla produzione sia al commercio, attività entrambe che richiedono vie di comunicazione indisturbate, e ponevano perciò, in generale, un grave problema di tutela dell'ordine sociale. Diventa così spiegabile che si potesse continuare anche ad usare le punizioni fisiche. Come Foucault ha chiarito, la casa d'internamento era 'l'ultima delle grandi misure che erano state prese a partire dalla Renaissance per porre fine alla disoccupazione o almeno alla menidicità' (FOUCAULT, 1961, trad. it., p. 68). Che poi gli internati fossero messi al lavoro, era in buona armonia con la filosofia del mercantilismo economico." MATHIESEN, 1996, p. 35.

5. MATHIESEN, loc. cit.

6. Ibidem, p. 36.

que isto, a extrema necessidade, de disciplinar certos grupos de população. Em ambos os casos, além do mais, essa experiência desenvolveu-se paralelamente às mudanças da estrutura econômica: no séc. XVI, caiam as formas feudais de produção, no séc. XIX ocorreu a passagem definitiva para as formas de produção capitalistas. Ainda que as composições dos grupos sociais interessados, assim como o conteúdo concreto da disciplina, variassem de modo evidente e até produzissem diferenças na efetiva estrutura dos institutos, esta exigência comum das forças da ordem determina uma fundamental analogia.[7]

É possível afirmar ainda que, de certa forma, o cárcere atende a uma função em comum a todas as suas fases de expansão: a função depuradora.[8] Esta consiste em retirar da sociedade os elementos improdutivos, seja porque essa parcela populacional torna ineficiente os sistema produtivo, seja porque ela é o retrato da própria ineficiência desse sistema. Tal constatação é bastante coerente quando se fala de uma organização

7. "Se paragoniamo la situazione del Seicento con quanto accadeva nell'Ottocento, registriamo differenze e somiglianze. Differenti erano soppratuto i compiti concreti affidati al sistema di istituti pubblici: nella prima fase del loro sviluppo si trattava di gestire la crescente massa di mendicanti e vagabondi; nell'Ottocento, nella seconda fase, si trattava piuttosto di gestire i devianti nelle file della manodopera. La più importante somiglianza consiste invece nel fatto che in entrambi i casi le forze dell'ordine avevano sperimentato l'utilità, e anzi l'estrema necessità, di disciplinare certi gruppi di popolazione. In entrambi i casi, per di più, questa esperienza si era sviluppata parallelamente ai mutamenti della struttura economica: nel XVI secolo crollavano le forme feudali di produzione, nel XIX secolo ci fu il passaggio definitivo alle forme di produzione capitalistiche. Benchè la composizione dei gruppi sociali interessati, così come il contenuto concreto della disciplina, variassero in modo pronunciato e producessero anche differenze nell'effettiva struttura degli istituti, questa comune esigenza delle forze dell'ordine determina una fondamentale analogia." MATHIESEN, 1996, p. 36.

8. "Una società può liberarsene in molte maniere, ma nella nostra la soluzione più diffusa è chiuderli in un istituto. Gli anziani vengono messi in una casa di riposo, i malati di mente in una casa di cura, gli alcolisti in una casa protetta, i ladri e i consumatori di stupefacenti in carcere. Il 'muro' che si leva tra la società produttiva, benestante, e quella improduttiva, corre lungo le mura, reali e simboliche, dell'istituto. Chi governa il sistema carcerario è, in questo contesto sociale, un funzionario del sistema di depurazione." MATHIESEN, p. 180.

social, onde a produtividade está relacionada a grupos de trabalho e a criação desses grupos ocasiona a improdutividade de outros.[9]

Já a terceira fase, aqui enquadrada temporalmente entre as últimas décadas do séc. XX e o séc. XXI, caracteriza-se por um considerável aumento no número de detentos que, inicialmente se pode constatar nas cinco maiores nações do mundo ocidental e, atualmente, pode ser identificado também nas demais nações ocidentais.

Os Estados Unidos, por exemplo, são uma dessas grandes nações que se encontram mais estabilizadas na inversão da tendência punitiva,[10] ocasionada pela grande reforma penitenciária ocorrida entre os anos 70 e 80, pois, apesar da difusão da falência do cárcere entre o fim dos anos 60 e primeira metade dos anos 70, essa tendência se inverteu.

Durante o período que vai do final do *New Deal*, atravessa a II Guerra Mundial e chega até os anos cinquenta, houve uma grande queda nos índices de encarceramento, coincidente com um período de grande desenvolvimento econômico na Europa.[11] Já por volta dos primeiros anos da década de 70, mais especificamente o ano da crise petrolífera – 1973 – teve início um forte período de crise no mundo ocidental. Registra-se um aumento da criminalidade que foi lido como "a ponta de um iceberg" de uma rebelião e de uma falta de controle sobre certos estratos sociais, leia-se setores, mais marginalizados da classe operária.[12]

9. MATHIESEN, 1996, p. 180.

10. "La rappresentazione è migliore considerando la cifra assoluta e calcolando l'incremento percentuale dei detenuti rispetto all'anno di partenza. Negli Stati Uniti il numero totale dei detenuti nel 1970 era di 357.304. Nel 1985 era di 736.000, il che significa, dal 1970, un aumento del 105,9% (...) In Italia il numero totale dei detenuti era nel 1970 di 21.379. Nel 1985 il dato era di 41.854, che significa un aumento complessivo dal 1970 del 95,7% (dunque prossimo al raddoppio). Per Inghilterra e Galles il numero totale dei detenuti era, nel 1970, di 38.040. Nel 1985 era salito a 48.165 con un aumento del 26,6%. In Germania Occidentale il numero totale era, nel 1970, di 46.426 e nel 1985 era 53.166, con una crescita del 14,5%. La tendenza in Germania è meno evidente ma ugualmente chiara; in proposito, criminologi tedeschi hanno ipotizzato un fattore demografico, ossia una contrazione numerica delle giovani generazioni." MATHIESEN, 1996, p. 38.

11. MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza*. Milano: Bruno Mondadori, 2002, p. 181.

12. MELOSSI, 2002, p. 215.

Paralelo a isso, a partir dos anos 70 se difunde nos Estados Unidos e posteriormente na Europa, atingindo também os países latino-americanos, o tema da segurança nas cidades, objeto de práticas políticas neoliberais.[13] Como destaca Pavarini,[14] essa política de segurança nada mais é que uma interpretação diferente à questão da participação democrática na progressiva diminuição do Estado Social. Logo, o novo governo da segurança tem estreita relação com os novos processos de exclusão social, pois a melhor forma de excluir algumas das benesses do Estado Social, é a criminalização de seu *status*.

O paradigma do "merecimento de exclusão" ocupa assim o lugar daquele do "merecimento de ajuda". As políticas de tolerância zero esprimem muito adequadamente essa mudança, não no sentido de que se deva ser absolutamente intolerante – imperativo absurdo –, mas no sentido de que se deva ser sempre menos tolerante.[15]

Assim, pode-se estabelecer um paralelo entre as políticas de segurança do *postwelfare* e o pânico social da primeira metade do séc. XIX, no tocante às classes perigosas, pois enquanto o problema das classes perigosas consistia no evadir-se à disciplina do trabalho,[16] podendo ser

13. Pavarini, Massimo. L'aria della città rende (ancora) liberi? Dieci anni di politiche locali di sicurezza. In: Pavarini, Massimo. (org.). *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*. Roma: Carocci, 2006. Introdução, p. 33.

14. Pavarini, 2006, p. 34.

15. "*Il paradigma della 'meritevolezza di esclusione' occupa così il posto di quello della 'meritevolezza di aiuto'. Le politiche di 'tolleranza zero' esprimono felicemente questo cambiamento, non nel senso che si debba essere assolutamente intolleranti – imperativo assurdo –, ma nel senso che si debba essere sempre meno tolleranti.*" Pavarini, 2006, p. 36.

16. "Historicamente o capitalismo recorreu ao sistema penal para duas operações essenciais: 1° garantir a mão-de-obra; 2.° impedir a cessação do trabalho. Para garantir a mão-se-obra, criminalizava-se o pobre que não se convertesse em trabalhador. A experiência, nos séculos XVII e XVIII, das "casas de trabalho" (*Workhouse*, *Arbeithaus*), a pioneira das quais doi a *rasp-huis* holandesa (onde muito pau-brasil certamente foi raspado), conduziu à generalização do internamento "correicional". Com a revolução industrial, o esquema jurídico ganhou feições mais nítidas: criou-se o delito de *vadiagem*. Referindo-se à reforma dos dispositivos conhecidos como *Poor Law*, em 1834, Disraeli dizia que na Inglaterra ser pobre passava a ser um crime. Aqueles que, por uma razão ou outra, se recusavam ou não conseguiam vender sua força de trabalho, passaram a ser tratados pela

resolvida através da absorção como mão-de-obra; as classes sociais, hoje alvo das políticas de segurança, não têm a possibilidade de ser absorvidas pela cultura do trabalho.[17]

Apesar dos anos sessenta se configurarem por uma queda, ainda que lenta, nas taxas de desigualdade social, as duas décadas sucessivas, ao invés, caracterizaram-se pelo brusco aumento das disparidades sociais e por um reestruturar-se da economia que produziu um processo de disciplinamento da classe operária. Dessa forma, é possível constatar que o aumento dos índices de desigualdade é completamente correspondente ao aumento das taxas de encarceramento.[18]

Outro aspecto relevante é que não só a descarcerização ressoou como resposta aos movimentos dos anos 60 e 70 contra as instituições fechadas, mas um processo de privatização e descentralização das estruturas de controle também.[19]

Com os anos 70 do século passado, a reforma penal dirige-se, no mundo ocidental, ao horizonte da descarcerização como um destino necessário e almejado. Diversidade processual, penas substitutivas e medidas alternativas marcam o percurso reformista e progressivo de liberação da necessidade do cárcere (...) A idéia (repito: a idéia) da descarcerização, novamente, é em si simples, como simples parece ser a idéia que inspirou a invenção do cárcere há dois séculos. O escopo da integração social do condenado não precisa mais de práticas correcionais através da direta absorção do infrator na comunidade, no social ou, como amamos dizer na Itália, no território. Um social organizado e rico de redes oferecidas e sistematizadas pelo Estado Social.[20]

justiça mais ou menos como nos julgamentos descritos por Jack London em seu conto autobiográfico: a cada 15 segundos, uma sentença de 30 dias de prisão para cada vagabundo." BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos – violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 35.

17. PAVARINI, 2006, p. 36-37.

18. MELOSSI, 2002, p. 216-217.

19. MONACO, Lucio. Carcere duro e decarcerizzazione tra simbologia e ristrutturazzione del controllo. In: MOSCONI, Giuseppe A. (org.). *L'altro carcere*. Padova: Cooperativa libraria Editrice Università di Padova, 1982. Parte (L'altro carcere), p. 42.

20. "Con gli anni settanta del secolo passato, la riforma penale si orienta nel mondo occidentale verso l'orizzonte della decarcerizzazione, come ad un

A partir do final dos anos 70, com maior ênfase nos anos 80 e 90, houve um grande aumento nas taxas de desocupação na Europa, ocasionando a não absorção da mão-de-obra excedente, então considerada supérflua. As consequências dessa não absorção, também ocorrida nos Estados Unidos, foi não só o nascimento da nova *underclass*, como o fato de que tal classe está fora de qualquer reinserção social, ou seja, de qualquer acesso à cidadania e de integração econômica.[21]

Então, foi a partir dos anos 70 que começaram a se manisfestar algumas transformações instrumentalizadoras do controle social, apesar de se tornarem mais evidentes nos anos 80 e 90.

2. As diversas manifestações do controle social

Com o estruturar-se do Estado moderno, o controle social se caracterizou pelo sequestro do social. Os sequestrados eram colocados em diversos institutos de sequestro conforme os motivos que originaram essa ação por parte do Estado. Esses motivos poderiam ser: jurídico-penais, médico-psiquiátricos, assistenciais ou higiênico-sanitários. Com base nesses motivos, as instituições de sequestro distribuíram-se em cárceres, manicômios, hospícios, hospitais, casas de correção, orfanatos, etc.[22]

Com o instaurar-se do Estado Social, essas práticas de controle do Estado moderno são postas em *cheque* e são estruturadas outras para

destino necessario e auspicabile. Diversione processuale, pene sostitutive, misure alternative segnano il percorso riformista e progressivo di 'liberazione della necessità del carcere' (...) L'idea (ripeto: l'idea) della decarceration, ancora una volta, è in sé semplice, come apparve semplice quella che ispirò l'invenzione del carcere due secoli prima. Lo scopo dell'integrazione sociale del condannato non necessita più di pratiche correzionali attraverso la diretta presa in carico del deviante nella comunity, nel sociale o come amiamo esprimerci in Italia nel 'territorio'. Un sociale ordinato e ricco di reti offerte e organizzate dallo Stato del welfare." Pavarini, Massimo, Donini, Massimo. *Silête poenologi in munere alieno!* In: Pavarini, Massimo. (org.). *Silète poenologi in minere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi.* Bologna: Monduzzi, 2006. Primeira intervenção, p. 14-15.

21. De Giorgi, Alessandro. *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo.* 2000, p. 84-85.

22. Nascetti, G. P. Decentramento e diffusione nella politica del controllo sociale. Aspetti teorici. In: Pavarini, Massimo. (org.). *Studi di teoria della pena e del controllo sociale.* Bologna: G. Saccardin – A. Martina, 1990. Parte III, p. 225-226.

atender a essa nova conformação. Essa nova forma de controle se manifesta através das intervenções políticas no social. Tal controle materializa-se na expansão do Estado pela proliferação de serviços sociais, cooptando um número sempre crescente de pessoas assistidas-controladas,[23] mas, com a falência do *welfare State*, novas formas de controle social são desenvolvidas e aplicadas.[24]

(...) no processo de desinstitucionalização e territorialização do controle social, desaprisiona-se uma tendência divergente entre difusão e concentração do mesmo: o momento da difusão acaba por coincidir com o governo do social através do Estado Social e o momento de concentração do controle acaba por realizar-se inteiramente na ainda existente prática de tipo custodial.[25]

Entende Alessandro De Giorgi por controle social um conjunto de saberes, poderes, estratégias, práticas e instituições que servem à preservação da ordem social, ou seja, conjunto de recursos, possibilidades e desejos manipulados pelas elites econômicas. Afirma ainda o autor que o controle social nada mais é do que um processo histórico de construção do elo poder e desvio, ou seja, uso das normas pelo poder para determinar quem desvia, o que é o desvio, o que é o normal e o patológico.[26]

Já o séc. XXI, século do esaurimento do Estado-nação, do *welfare State* e do fordismo, vem caracterizado por um outro tipo de controle social chamado de "*controllo attuariale*" cuja atuação não se dá mais sobre o indivíduo desviante, mas sobre sujeitos sociais coletivos (grupos produtores de risco) atrelados à matemática das asseguraçõe (onde se considera normal o risco).[27]

Do ponto de vista da lógica assegurativa, existem, portanto, fatores de risco distribuídos casualmente no âmbito de uma coletividade, que não podem ser referidos diretamente a sujeitos individuais, a menos que estes façam parte de grupos determinados com base em uma maior

23. Nascetti, G. P., 1990, p. 237.

24. Ibidem, p. 226-227.

25. "(...) nel processo di deistituzionalizzazione e territorializzazione del controlo sociale si sprigiona una tendenza divaricante fra 'diffusione' e 'concentrazione' dello stesso: il momento della 'diffusione' finisce per coincidere con il governo del sociale attraverso lo Stato sociale e il momento di 'concentrazione' del controllo viene a realizzarsi interamente nella superstite pratica di tipo custodiale." Nascetti, G. P., 1990, p. 239.

26. De Giorgi, 2000, p. 15-16.

27. Idem, ibidem, p. 16-17.

ou menor taxa de risco. A estratégia assegurativa consiste, antes de tudo, em uma operação de quantificação probabilística, através de uma avaliação estatística, da taxa de risco existente. Depois se procede a uma classificação dos sujeitos no âmbito dos grupos de risco homogêneos. Enfim, com base na pertinência a este ou àquele grupo ou faixa, o risco se transforma em dinheiro, em forma de prêmio assegurativo depositado à empresa de seguros.[28]

Como se observa, a *logica assicurativa* não se ocupa com o risco individual, mas com a relação entre os níveis de risco e determinadas coletividades, a fim de que o risco se transforme em dinheiro.[29]

Contudo, enquanto no período de expansão do *welfare State*, período que se localiza depois da Segunda Guerra Mundial, o modelo de controle social desenvolvido correspondia ao modelo correcional baseado no disciplinamento evidenciado por Foucault, o qual visa à produção de sujeitos conforme determinados códigos, sendo eles jurídicos, morais ou econômicos, sendo, portanto, alvo desse controle disciplinar o indivíduo, suscetível de correção, de transformação;[30] a nova modalidade de controle – o *controllo attuariale* – volta-se ao coletivo, entretanto, não a uma coletividade passível de transformação ou correção, mas a uma coletividade passível de controle a partir de uma avaliação probabilistica do risco de desvio provocada por ela e sustentanda pelo discurso da segurança, segundo o qual o cárcere assume mais uma vez o papel ameaçador para aqueles sob controle,[31] abandonando definitivamente as práticas de reinserção e reabilitação social.[32]

28. "Dal punto di vista della logica assicurativa, esistono dunque fattori di rischio distribuiti casualmente nell'ambito di una collettività, che non possono essere riferiti direttamente a singoli soggetti, se non in quanto questi ultimi rientrino in gruppi determinabili in base a un maggiore o minore tasso di rischiosità. La strategia assicurativa consiste prima di tutto in un'operazione di quantificazione probabilistica, attraverso valutazioni statistiche, del tasso di rischio esistente. Si procede poi a una classificazione dei soggetti nell'ambito di gruppi omogenei di rischio. Infine, in base all'appartenenza a questo o a quel gruppo o fascia, il rischio diventa denaro, in forma di premio assicurativo versa all'impresa assicuratrice." De Giorgi, 2000, p. 36.
29. De Giorgi, 2000, p. 37.
30. Idem, ibidem, p. 41-42.
31. Idem, ibidem, p. 48.
32. Idem, ibidem, p. 95.

Assiste-se a um desgaste progressivo daquela estrutura econômica (a grande fábrica e a relativa organização, a produção em massa, o pleno emprego) que tinha constituído o pressuposto material do modelo disciplinar, das suas tecnologias de poder e das suas finalidades (...) Não é mais necessário, nem útil, nem sobretudo econômico, transformar os desviantes em trabalhadors dos quais o sistema produtivo não necessita. Esses seriam, de toda forma, fadados à desocupação e tornariam rapidamente ao crime e ao desvio.[33]

Dessa forma, opta-se por estratégias de neutralização das categorias socias prolemáticas, consistente no seu isolamento georgráfico, baseado nas análises do *controllo attuariale*, como é o caso por exemplo do redesenhamento das metrópoles americanas.[34]

É mister ressaltar que o cárcere, nessa nova estratégia de controle, ganha ainda mais destaque, ganhando um aumento quantitativo no seu uso, aumentando a população presa a espera de julgamento. Essa população tinha uma composição sempre mais acentuada das classes econômica e socialmente excluídas, o que evidencia o caráter seletivo dessa nova política criminal,[35] a qual se coaduna com a própria história do cárcere atrelada ao desenvolvimento do capitalismo, que denota, desde sempre, um caráter seletivo no seu funcionamento.

33. Si assiste a un progressivo esaurimento di quella struttura economica (la grande fabbrica e la relativa organizzazione, la produzione di massa, il pieno impiego) che aveva costituito il pressupposto materiale del modello disciplinare, delle sue tecnologie di potere e delle sue finalità(...) Non è più necessario, né utile, né soprattuto economico, trasformare i devianti in lavoratori di cui il sistema produttivo non ha bisogno. Essi sarebbero comunque votati alla disoccupazione, e tornerebbero rapidamente al crimine, alla devianza." De Giorgi, 2000, p. 94-95.

34. De Giorgi, 2000, p. 95. Similiar é a situação brasileira onde o "(...) estereótipo do delinquente se fixa na figura do favelado. Pouco importa que, de 100 mortes no Rio de Janeiro, apenas duas estejam associadas a ufigura figura assalto e 35 sejam causadas por motoristas imprudentes (as restantes são episódios interindividuais – homicídios dolosos –, ou 'mortes institucionais'): nossa figura de um matador não é de um homem de classe média sentado no seu carro, e sim o assaltante armado. Pouco importa que o dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, evasão de divisas, etc.) supere de mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos:nossa figura do ladrão não é do banqueiro desonesto sentado em seu escritório, e sim o assaltante ou mesmo ou ventanista." Batista, 1990, p. 168.

35. De Giorgi, 2000, p. 48-81.

O cárcere pode funcionar contra a criminalidade. Em certas condições, a pena do cárcere pode ser útil na produção de menos criminalidade e de menos reincidência. Certamente não porque através da execução da pena privativa de liberdade se possa ressocializar os criminosos; ou mesmo porque a pena carcerária consiga intimidar os desviantes em potencial. O cárcere pode ser útil no governo da criminalidade e da reinciência se, e enquanto, for capaz de operar com finalidade de neutralização seletiva.[36]

Paralelo ao encarceramento das classes sociais excluídas, denota-se a retração do Estado (que no período de expansão do *welfare*, era garantidor da integração social, através da prestação de serviços e subsídios) no que concerne ao investimento em políticas sociais, típico da fase política neoliberal (consistente na tentativa de conter a crise fiscal do Estado, por meio de políticas de deflação), e um crescimento nos investimentos na construção de cárceres.[37]

Chegam ao fim, portanto, as políticas econômicas keynesianas caracterizadas pela tendência inclusiva, universalização das garantias sociais e flexibilização do sistema penal, que no início dos anos 70 nos Estados Unidos e na Europa, reduziram as taxas de encarceramento para dar início ao ciclo econômico neoliberal, substituindo o modelo de políticas de *welfare* por um de *workfare*, caracterizado pela insegurança, por políticas criminais punitivas voltadas às classes sociais menos avantajadas.[38]

Enquanto o recurso simbólico do sistema de justiça penal se utiliza de um vocabulário no qual os termos mais utilizados são imputação, responsabilidade pessoal, mérito do castigo, exemplo da pena etc., em suma, as muitas expressões que definem a redução individual da dimensão social dos problemas, a gestão administrativa das penas fala uma outra língua: não mais aquela de punir os indivúduos, mas aquela

36. "Il carcere può 'funzionare' contro la criminalità. A certe condizione la pena del carcere può essere utile nel produrre meno criminalità e meno recidiva. Certo non perchè attraverso l'esecuzione della pena detentiva si possano risocializzare i criminali; ovvero perchè la pena del carcere riesca ad intimidire i potenziali devianti. Il carcere può essere utile nel governo della criminalità e della recidività se ed in quanto sia messo in grado di operare con finalità di neutralizzazione selettiva." PAVARINI, Massimo. *Saggi sul governo della penalità*. Bologna: Martina, 2007, p. 55.

37. DE GIORGI, 2000, p. 82-86.

38. Idem, ibidem, p. 87.

de gestir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correcionalista, mas aquela burocrática de como otimizar os poucos recursos, na qual a eficácia da ação punitiva não é mais em razão dos *telos* externos ao sistema (educar e intimidar), mas em razão das exigências intra-sistêmicas (neutralizar e reduzir os riscos).[39]

Nos Estados Unidos e na Inglaterra foram promovidas campanhas de *Law and Order*, a partir do final dos anos 70, de embasamento neoliberal dirigidas às políticas econômica e social. Tais campanhas ganham aceitação popular através da sensibilização da opinião pública, alegando o aumento da criminalidade. "Verdadeiras e próprias cruzadas morais determinam un clima social de *moral panic* que sustenta e legitima um intervento institucional sempre mais repressivo e punitivo, sobretudo, nos confrontos da microcriminalidade."[40]

Constata, portanto, Di Giorgi[41] que não só há uma estreita relação entre modo de produção e modo de punição, como a própria punição varia quantitativamente e qualitativamente de acordo com as alterações nos ciclos econômicos.

3. As discrepâncias prático-teóricas nas alternativas ao cárcere: entre o problema da ressocialização e as alternativas do abolicionismo penal e do direito penal mínimo

Diante desse reafirmar-se do cárcere ainda como modelo sancionatório disciplinar, adotado pelos sistemas de justiça penal modernos

39. "Mentre la risorsa simbolica del sistema della giustizia penale utilizza in vocabolario in cui i termini più utilizzati sono imputazione, responsabilità personale, meritevolezza del castigo, esemplarità della pena, ecc., insomma, le molte espressioni che definiscono la riduzione indivuduale della dimensione sociale dei problemi, la gestione amministrativa delle pene parla un'altra lingua: non più quella di punire gli individui, ma di gestire gruppi sociale in ragione del rischio criminale; non più quella correzionalistica, ma quella burocratica di come ottimizzare le risorse scarse, in cui l'efficacia dell'azione punitiva non è più in ragione dei *telos* esterni al sistema (educare e intimidire), ma in ragione di esigenze intra-sistemiche (neutralizzare e ridure i rischi)." Pavarini, 2007, p. 56.

40. "Vere e proprie crociate morali determinano un clima sociale di moral panic, che sostiene e legittima un intervento istituzionale sempre più repressivo e punitivo sopratutto nei confronti della microcriminalità". De Giorgi, 2000, p. 86.

41. De Giorgi, 2000, p. 88.

e contemporâneos, conducente a uma situação paradoxal – a busca de uma pena justa com conteúdos de utilidade, vários estudiosos não somente o vêm criticando, como vêm buscando vias de saída para esse modelo punitivo. O fato é que essa situação paradoxal não vem sendo resolvida, ao invés, agravada, constituindo as condições da atual crise do cárcere.[42]

Pavarini, por exemplo, destaca três razões para se buscar alternativas ao modelo carcerário. São elas:

1) O cárcere não atende mais ao paradigma da pena justa:

Em uma perspectiva atenta àquilo que se pode chamar de economia política do sofrimento legal, nem todos os crimes merecem a privação da liberdade por mais que temporalmente limitada. Em uma concepção estritamente retributiva, nem todas as violações às leis penais podem ser pagas com a liberdade (...) o sofrimento do cárcere, por menor que seja, pode exceder todo limite colocado pela devida proporcionalidade ao ilícito cometido.[43]

2) A necessidade premente de uma pena mais útil do que a pena privativa de liberdade (razão utilitarística):

A pena privativa de liberdade – de algum modo em coincidência com o seu afirmar-se como pena dominante na primeira metade do século passado – revela imediatamente sua falência em relação a todo critério de utilidade social: nem sempre afasta do delinquente seja quem já violou a lei penal, seja quem ainda não a violou. Frequentemente, mais que inútil, evidencia-se danosa pois favorece a reincidência (...) Quem leva adiante essa estratégia de alternância, entre o final do século e as primeiras décadas novecentescas, é o movimento correcionalista crescido na cultura positivista: se não é sempre possível contar com um processo tratamental com escopo especialmente preventivo no ambiente

42. Pavarini, Massimo. *I nuovi confini della penalità – Introduzione alla sociologia della pena*. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996, p. 3.

43. "In una prospettiva attenta a ciò che si può chiamare economia politica della sofferenza legale, non tutti i reati meritano la privazione della libertà per quanto temporalmente limitata. In una concezione strettamente retributiva non tutte le violazione della legge penale possono essere pagate con la libertà (...) la sofferenza del carcere, per quanto la minima delle possibili, può eccedere ogni limite posto dalla dovuta proporzionalità con l'illecito commesso." Pavarini, 1996, p. 46.

carcerário, pode-se, ao invés, confiar por outro lado em espaços extra-carcerários.[44]

3) Necessidade da própria administração carcerária:

As exigências de governo do cárcere – como de qualquer outra instituição total – encontram adequada satisfação na conhecida lógica de prêmios e castigos. A ordem nos institutos de pena é garantida através da promessa e da ameaça de modular a intensidade do sofrimento em razão da conduta do detento dentro do cárcere. Reduzir a aflição – seja diminuindo o tempo de pena, seja convertendo esse, ou parte desse, em modalidade punitiva mais leve – pode abrir estrada a meios de sofrer a pena carcerária em espaços extra-carcerários. Chamar estas modalidades de tratamento carcerário fora dos muros do cárcere de medidas alternativas à pena privativa de liberdade é falso: estas permanecem sempre pena carcerária mesmo quando sofridas, em parte, fora do cárcere. O espaço da sua funcionalidade é, portanto, aquele de inserir-se em uma lógica de premiação por razões internas ao cárcere.[45]

44. "La pena detentiva – in qualche modo in coincidenza con il suo affermarsi come pena dominante nella prima metà del secolo scorso – si palesa immediatamente fallimentare nei confronti di ogni criterio di utile sociale: non trattiene sempre dal delinquente tanto chi ha già, quanto chi non ha ancora violato la legge penale; spesso, più che inutile, si palesa dannosa, perché favorisce la recidiva (...) A portare avanti questa strategia di alternatività, in particolare a cavallo del secolo e nei primi decenni del novecento, è il movimento correzionalistico cresciuto nella cultura positivistica: se non è sempre possibile contare su un processo trattamentale a scopi specie-preventivi in ambiente carcerario, si può invece altrimenti sperare in spazi extra-carcerari." PAVARINI, 1996, p. 46-47.

45. "Le esigenze di governo del carcere – come di ogni altra istituzione totale – trovano adeguata soddisfazione nella conosciuta logica dei premi e castighi. L'ordine negli istituti di pena è garantito attraverso la promessa e minaccia di modulare l'intensità della sofferenza in ragione della condotta del detenuto entro quelle mura. Ridurre l'afflittività – vuoi accorciando il tempo di pena, vuoi convertendo questo, o parte di questo, in modalità punitive più leggere – può aprire la strada a modi di soffrire la pena del carcere in spazi extra-murari. Chiamare queste modalità di trattamento carcerario extra-murario misure alternative alla pena detentiva è falso: esse rimangono pur sempre pena carceraria anche quando si soffrono, in parte, fuori da quelle mura. Lo spazio della loro funzionalità è quindi quello di inserirsi in una logica di premialità per ragioni interne al carcere." PAVARINI, 1996, p. 48-49.

Observa Pavarini que todos esses modelos propõem, ainda que por razões diversas (de justiça, utilidade e disciplina), alternativas legais à necessidade do cárcere. No entanto, diversos são os juízos de idoneidade de cada estratégia reducionista com relação ao fim de conter ou de abolir a pena privativa de liberdade, ou seja, diferente é o grau de eficácia de cada proposta dessas ao escopo da descarcerização. Portanto, somente o primeiro modelo alternativo é coerente com a finalidade de descarcerização, pois essa é a única estratégia que está em grau de prescindir do cárcere, somente essa propõe realmente outra possibilidade ao cárcere.

Já o segundo modelo de estratégia reducionista, por razões de utilidade especial-preventiva, não esclarece o seguinte fato: seguindo esse modelo, a alternativa carcerária é aplicada substituindo o cárcere ou paralela ao cárcere? Logo, seguindo esse modelo, cria-se uma circularidade entre o cárcere e a alternativa a ele. Dessa forma, não se liberta da privação de liberdade, ao contrário, reafirma-se a sua essencialidade. No que concerne ao terceiro modelo, este não tem sequer idoneidade ontológica à descarcerização.[46]

Além da crítica ao discurso ideológico fundamentador do cárcere, ou seja, à função de defesa social, já pontuada acima na observação de Pavarini e mais detalhadamente tratada no capítulo segundo, destaca-se também a crítica ao não atingimento de sua finalidade ideológica, ou seja, à ressocialização do indivíduo.

Conforme destaca Baratta,[47] o cárcere não reeduca e nem tem interesse nessa proposta. Vastas pesquisas em diferentes âmbitos, psicológicos, sociológicos e organizativos vêm comprovando a vã tentativa no atingimento dos fins socializadores e integrativos da prisão. O cárcere na verdade continua, não obstante as reformas legislativas, uma instituição culminante no processo de marginalização.

A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio *modelo* (...) O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele (...) A educação

46. Pavarini, 1996, p. 49-50.

47. Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 183.

promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.[48]

Exames clínicos, como por exemplo, os testes de personalidade, capazes de estabelecer a relação entre a duração da pena carcerária e os drásticos efeitos sobre a psique dos presos, negam a possibilidade do cárcere de transformação de um sujeito estigmatizado anti-social em um sujeito adaptável, constatando a incapacitação do cárcere para efeitos educativos, ratificando, portanto, a não ressocialização do indivíduo submetido à pena privativa de liberdade.[49]

Estudos baseados nesses exames clínicos vêm alertando para o fato da impossibilidade de ressocialização dos presos depois de viver a experiência carcerária. Tamanha é a desorganização psíquica que "(...) nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar."[50] Esses estudos baseiam-se praticamente em dois aspectos: o da desculturação e o da aculturação ou prisionalização.

O primeiro consiste no processo que sofre o preso de:

(...) desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa.[51]

Já o segundo consiste na:

(...) assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às *chances* de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações entre os detidos e o *staff* da instituição penal. Sob esta dupla ordem de relações, o efeito negativo da *prisionalização*, em face de

48. Baratta, 2002, p. 183-184.
49. Idem, ibidem, p. 184.
50. Baratta, loc. cit.
51. Idem, loc. cit.

qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: a *educação para ser criminoso*[52] e a *educação para ser bom preso*.[53-54]

Outro ponto de reflexão passível de destaque é a relação de exclusão-inclusão entre o preso e a sociedade. Já que a sociedade exerce uma função de exclusão para com o preso, é incompatível excluir e incluir ao mesmo tempo.[55] Baratta faz uma brilhante análise dessa relação de exclusão e inclusão:

(...) o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais *pura*, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração. Antes de falar de educação

52. Sobre esse aspecto "(...) influi, particularmente, o fato de que a hierarquia e a organização informal da comunidade é dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação anti-social, que, pelo poder e, portanto, pelo prestígio de que goza, assume a função de modelo para os outros, sendo, ao mesmo tempo, uma autoridade com quem o *staff* da instituição é constrangido a mediar o próprio poder normativo de fato. A maneira pela qual são reguladas as relações de poder e de distribuição de recursos (também daqueles relativos às necessidades sexuais) na comunidade carcerária, favorece a formação de hábitos mentais inspirados no cinismo, no culto e no respeito à violência ilegal." BARATTA, 2002, p. 185.

53. Esta ocorre "(...) em parte, também no âmbito da comunidade dos detidos, dado que a assunção de um certo grau de ordem, da qual os chefes dos detidos se fazem garantes frente ao *staff* (em troca de privilégios), faz parte dos fins reconhecidos nesta comunidade. Esta educação ocorre, ademais, através da aceitação das normas formais da instituição, e das informais postas em ação pelo *staff*. Em geral, pode-se dizer que a adaptação a estas normas tende a interiorizar modelos exteriores de comportamento, que servem ao ordenado desenvolvimento da vida da instituição (...) A relação com os representantes dos órgãos institucionais, que, desse modo, se torna característica da atitude do preso, é marcada, ao mesmo tempo, pela hostilidade, pela desconfiança e por uma submissão sem consentimento." BARATTA, 2002, p. 185-186.

54. BARATTA, 2002, p. 184-185.

55. Ibdem, p. 186.

e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.[56]

Diante da consciência do fracasso histórico do cárcere, seja na defesa da sociedade, seja na ressocialização do indivíduo, o movimento abolicionista se afirma como uma conseqüência alternativa à instituição carcerária. "A derrubada dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria."[57]

O abolicionismo penal constitui um movimento de negação do sistema penal não só contemporâneo como também de qualquer sistema penal alternativo, atuante através de modelos formais e abstratos para resolução de conflitos, que se possa constituir no futuro.[58] No entanto, não só a corrente abolicionista vem repensando o sistema penal, pois se integra a esse movimento, a corrente do direito penal mínimo.

O direito penal mínimo, diferentemente do abolicionismo, nega legitimidade ao sistema penal tal como ele é hoje, mas considera necessária a importância do direito penal como um mal necessário, não deslegitimando, portanto, um sistema penal futuro melhorado em relação ao que se tem hoje. Enquanto a deslegitimação atribuída pelo abolicionismo é absoluta, a atribuída pelo direito penal mínimo é relativa, ou seja, é condizente somente com o sistema penal atual, não se estendendo a um sistema penal futuro baseado na contratação minimizante.[59] Considera

56. Baratta, loc. cit.

57. Idem, ibidem, p. 203.

58. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 89.

59. Zaffaroni, 2001, p. 89.

Zaffaroni,[60] portanto, o direito penal mínimo como uma primeira etapa ao atingimento dos ideais abolicionistas, considerando o seu potencial de deslegitimação.

A diferença estrutural entre esses movimentos de deslegitimação do direito penal pode ser pensada a partir de uma reflexão de Baratta:

"Os diferentes conceitos de racionalidade explicam a diferença entre a perspectiva de reforma própria de um modelo reformista de racionalização, e aquela que é própria do modelo 'abolicionista' de transformação radical. A razão tecnológica encontra um limite natural na forma de concorrer para a resolução de contradições do sistema; considerando como irracional a contradição entre os efeitos desejados e não-desejados do sistema, ela não se encontra em posição senão de estudar os últimos desde o ponto de vista dos primeiros, e permanece, por isso, no interior da ideologia penal. A razão tecnológica não consegue atuar senão sobre aquelas contradições do sistema que parecem suscetíveis de serem resolvidas no interior do sistema mesmo, levando a ideologia penal aos níveis mais avançados e humanitários e tentando melhorar e integrar as ferramentas da política criminal atual. A razão crítica descobre a racionalidade funcional das contradições do sistema, mas não as considera como se fossem suscetíveis de serem resolvidas no interior do sistema, através de aperfeiçoamentos ideológicos e melhoramentos técnicos. Assumindo a ideologia jurídica como objeto de conhecimento, a razão crítica produz uma perspectiva de política criminal que se coloca no exterior da mesma. Por esta razão, não constitui uma perspectiva de racionalização, mas uma perspectiva *racional* de superação do sistema penal."[61]

É mister destacar que o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente, apesar de não serem adeptos dos mesmos métodos e pressupostos para atingir o objetivo em comum abolicionista.[62]

60. Idem, ibidem, p. 106.

61. BARATTA, 2002, p. 214.

62. Tal diferença vem analisada por Zaffaroni, onde vale a pena destacar um trecho onde o autor discorre sobre os posicionamentos de alguns dos principais autores abolicionistas, denotando "(...) a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenologia de Louk Hulsman, a estruturalista

de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológico-historicista de Nils Christie.

a) *Hulsman*, após uma evolução radicalizante de seu pensamento, concluiu ser o sistema penal um problema em sim mesmo e, diante de sua crescente inutilidade na solução de conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo. Entre outras razões, Hulsman afirma que há três motivos fundamentais a favor da abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle. A proposta de Hulsman dirige-se para a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas. Para isto, Hulsman propõe uma nova linguagem que suprima as categorias de 'crime' e 'criminalidade' que, como categorias, são 'reificadas' no pensamento ocidental, por escamotearem, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que, obviamente, não desaparecerão com a supressão do sistema penal. Esses conflitos, no entanto, ao serem redefinidos como 'situações problemáticas' podem encontrar soluções efetivas, ou seja, entre as partes envolvidas, em um 'cara a cara' similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial, etc.) que, diferentes do modelo punitivo, têm a vantagem de não serem, ao contrário deste modelo – cuja aplicação exclui, automaticamente, os restantes – necessariamente alternativos (...)

b) Mathiesen (...) Como Mathiesen vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, sua proposta parece aspirar não apenas à abolição do sistema penal, como também à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade.

c) O abolicionismo de *Nils Christie* apresenta muitos pontos de contato com o de Hulsman. No entanto, pode-se considerar Christie mais inclinado a fundamentar seus argumentos sobre a experiência histórica e, inclusive, sobre os reduzidos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos, como *Christiania e Tvind*. Christie destaca expressamente a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, em seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os conseqüentes perigos e danos da verticalização corporativa (...)

d) Embora não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores aqui analisados, Michel Foucault foi, sem dúvida, um abolicionista. Embora Foucault não ofereça considerações táticas para avançar rumo ao abolicionismo, permite entrevê-las quando aconselha a 'técnica do judoca', ou seja, quando se refere à debilidade que sofre o poder ao utilizar-se de violência, que o deixa apoiado em um só pé. Deve ser observado que a utilização da força do adversário, em substituição ao emprego da própria

4. O SUPERAMENTO DO CÁRCERE E A DISCUSSÃO PÓS-MODERNA: A CRISE DO ESTADO SOCIAL

O cárcere desempenha somente a função de segregação e exclusão social (enquanto a sobrevivência institucional vem sendo progressivamente alterada de uma perspectiva favorável à exclusão a outra de integração), não promove a ressocialização, favorece a reincidência e talvez nem proteja a sociedade.[63]

Diante de tais hipóteses que denotam a real crise do modelo carcerário, cabe adicionar as implicações do modelo de Estado social e a tentativa de superamento da modernidade. Há um elo entre o instaurar-se do Estado social, a difusão de práticas de controle do tipo não institucional e a ideologia da ressocialização. Nesse contexto, o sistema punitivo se inclina mais às novas estratégias de controle em liberdade que à prática carcerária e, dessa forma, a ressocialização vem experimentada através da execução de outros meios, tendo em vista a insuficiência da pena privativa de liberdade a tais fins.[64]

O modelo de Estado social significa a negação do princípio da subjetividade e do absolutismo estatal modernos. Significa uma formação social composta por cidadãos não centrados em suas próprias razões, auto-referentes, indiferentes aos outros; e sim, cidadãos preocupados com os demais, cidadãos que não aceitam mais o sobrepujar-se dos valores burgueses que promoveram a exclusão das camadas mais pobres da sociedade. Em outros termos, o prevalecimento do Estado social e de todos os seus pressupostos, configura-se uma negação dos valores modernos e, portanto, o superamento da modernidade. Logo, a extinção da pena privativa de liberdade é uma tentativa de negação da modernidade e superamento da mesma.

Relativamente ao superamento da modernidade, pode-se ressaltar que tanto os países europeus quanto os latino-americanos discutem e revêem seus paradigmas e institutos. Há discussões filosóficas que afirmam a chegada da pós-modernidade,[65] numa tentativa de negar os

violência, é um postulado básico de qualquer tese da 'não-violência." ZAFFARONI, 2001, p. 98-102.

63. PAVARINI, 1996, p. 25.

64. Idem, ibidem, p. 69.

65. A pós-modernidade vem postulada como: "(...) risultato dello sviluppo scientifico e specialmente del progresso tecnologico nella società, a sua

princípios regentes da modernidade e com o objetivo de incitar propostas de superação.

Apesar da existência de teorias pós-modernas que versam sobre o niilismo, tendência para qual se inclinam alguns críticos da modernidade, por defrontar-se com uma sociedade contemporânea que, sem grandes narrações construtoras de projetos de significado transcendental, não atingiu o ideário moderno nem está projetando outro modelo, seja de ordem social ou pessoal:

Implicitamente, essas críticas recorrentes à modernidade estão relacionadas com o esvaziamento ou a perda de significado da existência, especialmente quando – produto da destruição do mundo encantado do mito e da crença religiosa – a modernidade propõe fins terrenos que são continuamente postergados e reformulados no futuro (as promessas não mantidas). No final das contas, desse modo se tornam quimeras inatingíveis (utopias), que terminam irredutivelmente por nos escapar, deixando-nos imóveis em um vínculo cego, no niilismo como fim da modernidade.[66]

Essa tendência propicia apenas a negação dos parâmetros modernos. Há, também, teorias pós-modernas que visam à rediscussão do racio-

volta reso possibile dalla trasformazione della relazione tra soggetto ed esteriorità per mezzo della ragione strumentale. Si tratta di un'associazione o fusione di entrambi in modo da permettere all'uomo contemporaneo di creare la realtà superando la sua mera ricreazione, ed in cui la verità, valore supremo della scienza, ha perso il suo significato, dato che nemmeno esistirebbe il campo, il terreno sul quale contrastarla. Il superamento della distanza (mediazone) tra l'essere e la realtà implicherebbe anche la perdita del referente stesso del soggetto e con esso la perdita di tutti i referenti, di tutte le metanarrazioni in base alle quali si è costruita la società ed il soggetto. È la fine della modernità: è l'arrivo del postmodernismo." FARÍAS, Raúl Zamorano. *La democrazia dei Postmoderni e i suoi gesti allegorici*. Lecce: Pensa Editore, 2004, p. 19-20.

66. "Implicitamente, queste critiche ricorrenti alla modernità sono in rapporto con lo svuotamento o la perdita di significato dell'esistenza, specialmente quando – prodotto della distruzione del mondo incantato del mito e della credenza religiosa – la modernità viene a proporre fini terreni che vengono continuamente posticipati e riformulati nel futuro (le promesse non mantenute). In fin dei conti, in questo modo diventano chimere irraggiungibili (utopie), che finiscono irriducibilmente per sfuggirci, lasciandoci fermi in un vincolo cieco, nel nichilismo come fine della modernità." FARÍAS, 2004, p. 25.

nalismo, observando-o como raiz de muitos problemas da sociedade contemporânea.

Geralmente, as críticas fundamentais do pós-modernismo miram a base epistemológica da modernidade e contra a trilogia sujeito-objeto-conceito, própria do *logos* moderno: crítica ao pensamento cartesiano, às práticas de dominação e submissão; discussões sobre a relação opressiva que representa o sujeito transcendente e que o converte, ao mesmo tempo, na sua própria vítima, obtendo a repressão de sua natureza interna anárquica que tende à felicidade, mas cujo preço é a formação de um si mesmo unitário, necessário para a auto-conservação e para o domínio da natureza externa ao sujeito. A conseqüência desse si mesmo unitário seria a razão objetivante e criadora do sistema totalizante como meio de domíno e fonte da perda da liberdade do sujeito (...) Assim também a sociedade foi submetida à lógica dominadora da razão, da ciência e do poder, como se evidencia na constituição das gigantescas burocracias modernas, descritas por Weber no início do século, e no direito positivo dos Estados.[67]

Independentemente de adentrar o mérito da discussão acerca do enquadramento da realidade atual como pós-modernismo ou ainda modernismo, é importante evidenciar que o marcante no contexto atual é a tentativa de superamento da modernidade. Pois, seja a pós-modernidade um subproduto da modernidade ou até mesmo um momento antitético a esta, ela não constitui um momento histórico que caracterize tal superamento. Aquilo que é alvo de crítica na modernidade, ainda subsiste na sociedade contemporânea. Porém, agora, estamos suportando

67. "In generale, le critiche fondamentali del postmodernismo puntano alla base epistemologica della modernità e contro la trilogia soggetto-oggetto-concetto, propria del logos moderno: critica al cogito cartesiano, alle pratiche di dominio e sottomissione, discussione sulla relazione oppressiva che rappresenta il soggetto trascendente e che lo converte al tempo stesso nella sua propria vittima, ottenendo di reprimere la sua anarchica natura interna che tende verso la felicità ma il cui prezzo è la formazione di un se stesso unitario, necessario per l'autoconservazione e per il dominio della natura esterna al soggetto. La conseguenza di questo se stesso unitario sarebbe la ragione oggettivizzante e creativa del sistema totalizzante come mezzo di dominio e fonte della perdita della libertà del soggetto (...) Così anche la società è stata sottoposta alla logica dominatrice della ragione, della scienza e del potere, come si evidenzia nella costituzione delle gigantesche burocrazie moderne, descritte da Weber ad inizio secolo, e nel diritto positivo degli Stati." FARÍAS, 2004, p. 23-24.

o reflexo dessas construções modernas; talvez estejamos vivenciando justamente a circunstância de se dar conta daquilo que o absolutismo da razão negou e os reflexos dessa negação. Logo, enquanto não passarmos à construção de outro panorama valorativo diverso do proposto pela modernidade, não poderemos falar de pós-modernidade como uma época cuja realidade social já contradiz o modelo então vigente.

A sociedade contemporânea clama por outra perspectiva estatal, pela implantação do Estado social que permanece apenas como modelo ideal em muitas sociedades. Os valores sofreram transformações: não se aceita mais o modelo de Estado moderno pelo seu absolutismo nem as justificativas contratualistas que partiam do individualismo subjetivo e explicavam o autoritarismo estatal na construção do bem-estar social.

Hoje os paradigmas são outros. Hegel, mesmo moderno, criticava a modernidade pelo absolutismo da razão que promoveu uma cisão entre as diversas esferas da vida humana e, já percebia nisso um problema.[68] Mais recentemente, Nietzsche criticou os *a priori* modernos ressaltando os problemas advindos do racionalismo pela negação da esfera mítica, por exemplo, numa tentativa de mostrar a negação da fantasia (negada pela razão).[69]

Hoje, Habermas levanta a mesma crítica, localizando os problemas da sociedade contemporânea no racionalismo subjetivo moderno. Segundo o filosofo:

68. "Hegel non è il primo filosofo che appartiene all'età moderna, ma è il primo per il quale la modernità sia divenuta un problema." HABERMAS, Jurgen. *Il discorso filosofico della modernità*. Trad. Emilio Agazzi e Elena Agazzi. Bari: Laterza, 2003, p. 45.

69. "La modernità perde la sua posizione eminente; essa costituisce ancora soltanto un'ultima epoca nella grandiosa storia di una razionalizzazione che inizia con la dissoluzione della vita arcaica e con la decomposizione del mito". Ibidem, p. 89. "Perciò l'uomo della modernità, privo di miti, dalla nuova mitologia può attendersi soltanto un tipo di redenzione che elimina tutte le mediazioni (...) Con Nietzsche la critica della modernità rinuncia per la prima volta a mantenere il contenuto emancipativo. La ragione centrata nel soggetto viene messa a confronto con il totalmente altro dalla ragione. E quale istanza contro la ragione Nietzsche evoca le esperienze, arretrate nell'arcaico, dell'auto-rivelazione di una soggettività decentrata, liberata da tutte le limitazioni della cognizione e dell'attività finalistica, da tutti gli imperativi dell'utile e della morale. L'unica via di scampo diviene allora quella 'violazione del principio di individuazione'." HABERMAS, 2003, p. 97-98.

"(...) a teoria da comunicação pode fornecer a sua contribuição à explicação de como, na modernidade, uma economia organizada com base no mercado entrelaça-se funcionalmente com o estado monopolizador da violencia, torna-se autônoma em relação ao mundo da vida como um pedaço de sociabilidade livre de normas e contrapõe, aos seus próprios imperativos racionais, imperativos fundados na conservação do sistema (...) Os mundos da vida podem se diferenciar estruturalmente ainda bem amplamente, podem formar para os âmbitos funcionais da reprodução cultural, da integração social e da socialização, sistemas parciais altamente especializados (e partes de partes de subsistemas): a complexidade de cada mundo da vida é extremamente limitada pela capacidade do mecanismo de entendimento. À medida em que um modo da vida se racionaliza, cresce o dispêndio com o entendimento que vem junto com os próprios agentes comunicativos.[70]

Afirma ainda que:

Somente quando a razão mostra a sua verdadeira essência na figura narcisista de um poder che submete tudo ao redor como objeto, identitário, só em aparência universal,vinculado solenemente à auto-afirmação e à autopotencialização particular, o Outro da razão pode, por sua vez, ser pensado como uma potência espontânea, que se auto-institui e fundamenta, ao mesmo tempo vital e não transparente, que não corre nem ao menos o risco de uma faísca de razão (...)." O Outro da subjetividade que se dilata não é mais agora a totalidade cindida (...) O Outro da razão, é a natureza, o corpo humano, a fantasia, o desejo, os

70. "(...) la teoria della comunicazione può fornire il suo contributo alla spiegazione di come nella modernità un'economia organizzata in base al mercato si intreccia funzionalmente con lo stato monopolizzatore della violenza, si autonomizza rispetto al mondo della vita come un pezzo di socialità libera da norme e contrappone ai suoi imperativi razionali propri imperativi fondati nella conservazione del sistema (...) I mondi della vita si possono differenziare strutturalmente ancora così ampiamente, possono formare per gli ambiti funzionali della riproduzione culturale, dell'integrazione sociale e della socializzazione sistemi parziali altamente specializzati (e parti di parti di sottosistemi): la complessità di ogni mondo della vita è strettamente limitata dalla scarsa portata del meccanismo di intesa. Nella misura in cui un modo della vita si razionalizza, cresce il dispendio di intesa che viene addossato agli stessi agenti comunicativi." HABERMAS, 2003, p. 348-349.

sentimentos – ou melhor: tudo isso na medida em que a razão não pôde apropriar-se dele.[71]

Habermas reclama, portanto, a elaboração de uma razão intersubjetiva:

"(...) não é mais privilegiado aquele comportamento objetivante, no qual o sujeito cognoscente orienta-se para si mesmo como a entidade no mundo. No paradigma da compreensão, é fundamentalmente mais importante o comportamento performático dos participantes da interação, que coordenam os seus planos de ação, entendendo-se reciprocamente sobre qualquer coisa no mundo (...) Ora, este comportamento de participantes de uma interação linguisticamente mediata torna possível uma relação do sujeito consigo mesmo diferente daquela puramente objetivante que um observador assume frente a entidade no mundo. Aquele desdobramento transcedental-empírico da auto-referência é inevitável somente enquanto não existe alternativa alguma a esta perspectiva do observador: somente então o sujeito deve considerar-se como a outra parte dominante do mundo em seu complexo – ou como uma entidade que se apresenta neste."[72]

71. "Soltanto quando la ragione fa conoscere la sua vera essenza nella figura narcisistica di un potere che assoggetta tutto intorno come oggetto, identitario, solo in apparenza universale, impegnato solennemente nell'autoaffermazione e nell'autopotenziamento particolare, l'Altro dalla ragione può a sua volta essere pensato come una potenza spontanea, auto-istituentesi e fondante, al contempo vitale e non trasparente, che non viene più rischiato nemmeno da una scintilla di ragione (...) 'L'Altro dalla soggettività che si dilata non è ora più la totalità scissa (...) L'Altro dalla ragione, è la natura, il corpo umano, la fantasia, il desiderio, i sentimenti – o meglio: tutto questo, nella misura in cui la ragione non ha potuto appropriarselo'." HABERMAS, 2003, p. 307-308.

72. "(...) non è più privilegiato quell'atteggiamento oggettivante, in cui il soggetto conoscente si orienta verso se stesso come ad entità nel mondo. Nel paradigma dell'intesa è fondamentalmente piuttosto l'atteggiamento performativo dei partecipanti all'interazione, che coordinano i loro piani d'azione, intendendosi reciprocamente su qualcosa nel mondo (...) Ora questo atteggiamento di partecipanti ad un'interazione linguisticamente mediata rende possibile una relazione del soggetto con se stesso diversa da quella puramente oggettivante, che un osservatore assume di fronte ad entità nel mondo. Quello sdoppiamento transcendental-empirico dell'autoriferimento è inevitabile solo fin tanto che non vi è alcuna alternativa a questa prospettiva dell'osservatore: soltanto allora il soggetto

Percebe-se, então, que há uma discussão filosófica em torno da negação da modernidade, observando-a como raiz dos problemas da sociedade atual. Assim, com a crise dos paradigmas modernos, entram em crise todas as instituições pautadas em tais pressupostos.

Discutir a crise do cárcere é discutir a crise das instituições modernas. O cárcere foi o fruto punitivo da modernidade e assim como ela, hoje está em crise latente. Abordar essa problemática é discutir os paradigmas modernos aplicados a um instituto particular. É procurar compreender a crise carcerária num contexto histórico-filosófico que lhe deu origem e hoje contribui para a sua extinção. A pena privativa de liberdade é alvo de críticas não só de ordem teórica ou histórico-filosófica, mas de ordem prática. O cárcere não atende à finalidade reeducativa da pena, antes, mantém uma funcionalidade excludente que atua ainda como meio de refreio à ascensão das camadas menos favorecidas.[73]

O cárcere é um problema social: ele não se enquadra nas exigências de implantação do Estado social, na estruturação de uma sociedade que almeja a igualdade material de condições, em detrimento de uma igualdade formal que ratificava de fato uma desigualdade material; nos apelos de uma sociedade carente de educação e de possibilitações e não mais de repressão. Um direito penal obediente a esses anseios não pode continuar perpetrando a exclusão e a desigualdade por meio da criminalização de condutas que visam à reprimenda carcerária.

5. Por que tantos presos?

A crise do cárcere não é uma discussão atual.[74] Desde o período entre as duas guerras mundiais que a pena carcerária vem sofrendo uma diminuição em toda a Europa; tal diminuição corresponde à instauração do modelo de Estado Social. No entanto, apesar da constatada diminuição da utilização da pena privativa de liberdade e do contemporâneo aumento de elaboração de medidas alternativas ao cárcere, em meados dos anos 70 houve um aumento do número de presos na Itália e no restante da Europa.

deve considerarsi come la controparte dominante al mondo in complesso – o come un'entità che si presenta in esso." Habermas, 2003, p. 299-300.

73. Andrade, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal maximo x cidadania minima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55.

74. *Curso de Direito Penitenciário*, Universidade de Bologna, 2007.

Na verdade, nunca houve realmente a elaboração de um modelo não punitivo, pois apesar da redução sofrida na pena privativa de liberdade houve um aumento de medidas alternativas ao cárcere, mantendo assim uma média ainda maior de pessoas sofrendo pena, não obstante essa não fosse carcerária. Dessa forma, não havendo uma alteração na estrutura punitiva como um todo, sempre se estará suscetível a uma onda descarcerizadora seguida de uma outra carcerizadora, visto que o modelo punitivo é só uma escolha que compõe um sistema cuja estruturação continua inabalado quando se discute apenas uma questão pontual apesar de basilar como é o caso da pena privativa de liberdade.

O fato é que a quantidade de presos vem crescendo muito nessas últimas décadas no mundo ocidental. A fim de explicar esse fenômeno algumas teorias surgem principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Didaticamente, Pavarini[75] as apresenta em quatro justificativas:

1. Essa primeira justifica o aumento nas taxas de encarceramento por conta do aumento da criminalidade que vem ocorrendo desde os anos 70 e 80. Para os teóricos defensores dessa tese, a causa do aumento da criminalidade está vinculada à crise dos sistemas de *welfare*, ao aumento dos índices de desocupação, à política de criminalização das drogas e à intensificação dos fluxos migratórios. A essa justificativa, contrapõe Pavarini a seguinte crítica:

"(...) não conhecendo cientificamente a criminalidade real, relacionar os índices daquela apenas aparente com as taxas de carcerização, é metodologicamente errôneo, porque o registro da ilegalidade manifestada, além de ser em razão do andamento daquela real, depende de outras variáveis também determinantes, tais como, a propensão denunciatória das vítimas e dos cidadãos e o grau de eficiência das agências repressivas e investigativas, ou seja, as forças de polícia e as instâncias judiciárias."[76]

75. PAVARINI, 2007, p. 12-17.

76. "(...) non conoscendo scientificamente la criminalità reale, mettere in relazione gli indici di quella solo apparente con i tassi di carcerizzazione, è metodologicamente erroneo perchè la registrazione della illegalità manifesta oltre ad essere in ragione degli andamenti di quella reale, dipende da altre variabili altretanto determinanti, quali la propensione denunciataria delle vittime e dei cittadini e il grado di efficienza delle agenzie repressive ed investigative, quali le forze di polizia e le agenzie giudiziarie." PAVARINI, 2007, p. 12.

2. Para essa segunda, a população de detentos aumentou graças a legislações penais mais repressivas, vindas à tona nos anos 80 e 90, inicialmente implementadas nos Estados Unidos e na Inglaterra, mas que chegaram a influenciar quase todos os países ocidentais. Tais legislações eram manifestamente contrapostas à cultura da prevenção especial, fundamentando-se nas doutrinas neo-retribucionistas. Também a essa justificativa, Pavarini tece as seguintes críticas:

"a) primeiramente, em quase todo lugar, o tempo da legislação inspirada no princípio de lei e ordem se desenvolveu em um contexto situacional de aumento da delinquência, sendo, portanto, impossível conseguir quantificar separadamente a contribuição ao aumento das taxas de carcerização determinada pelo aumento dos índices de criminalidade daquela favorecida por legislações penais mais severas. b) É um dado muito conhecido, e portanto não merece mais que um aceno, que processos de criminalização primária mais ou menos inspirados em critérios severos, não necessariamente se traduzem em processos de criminalização secundária igualmente e efetivamente severos."[77]

3. Para essa justificativa, a população carcerária aumentou por conta da maior severidade no processo de criminalização secundária. Para os teóricos dessa corrente explicativa, as penas tornaram-se mais severas quanto a sua fase executiva, ou seja, não é que se aprisionam mais pessoas, mas sim que essas pessoas aprisionadas demoram mais tempo no cácere. Contário ainda a esse posicionamento, argumenta Pavarini:

"a) frequentemente as fases de recarcerização são acompanhadas seja por um aumento da delinquência (repito: delinquência, não criminalidade), seja por uma legislação penal mais draconiana, seja, enfim, por uma maior severidade das agências de criminalização secundária, razão pela qual, no final, não é possível valorar a contribuição de cada um desses fatores com relação ao fenômeno estudado; b) um crescimento da

77. "a) in primo luogo, quasi ovunque la stagione della legislazione ispirata al principio di 'legge ed ordine' si è sviluppata in un contesto situazionale di aumento della delittuosità, per cui è impossibile riuscire a quantificare disgiuntamente il contributo all'aumento dei tassi di carcerizzazione determinato dalla lievitazione degli indici di criminalità da quello favorito da legislazioni penali più severe. b) È un dato fin troppo conosciuto per doveri dedicare più che un fugace cenno che processi di criminalizzazione primaria più o meno ispirati a criteri di severità non necessariamente si traducono in processi di criminalizzazione secondaria altrettanto ed effettivamente severi." PAVARINI, 2007, p. 13-14.

delinquência acompanhado também de um aumento da severidade *in the books* não explicam (no sentido que a circunstância da compresença não é uma explicação) também um aumento da severidade *in the facts*. Por outro lado, também a verificação empírica da correlação significativa entre duas ou mais variáveis não será nunca ou não é ainda uma explicação."[78]

5. Esse modelo explicativo contrapõe-se aos demais, argumentando sob a perpectiva da construção social. Para esse modelo, a difusão na sociedade de um sentimento de insegurança nas duas últimas décadas, ocasionou um movimento no sistema penal de maior severidade, aumentando, assim, sua prática de repressão. Logo, esse modelo justifica o aumento da população carcerária a partir de uma determinada construção social, cujos meios de comunicação em massa e o sistema político *tout-court* apresentam um papel fundamental.

Conclui Pavarini, portanto, que todos esses modelos explicativos guardam entre si um certo grau de plausibilidade, com relação a algumas realidades nacionais, principalmente quando se fala de Estados Unidos, alguns poucos países europeus e outros também poucos ocidentais. Tais realidades nacionais caracterizam-se pelo aumento de formas de ilegalidade, por uma mudança nas práticas de política criminal e pela difusão do fenômeno de alarme social, tudo isso nos últimos 20 anos.[79]

Em suma: mais ou menos cárcere no mundo (um mais ou menos, repito, apreciável mais simbolicamente que materialmente) não parece ter muito a ver com a criminalidade, com o ampliar-se ou restringir-se do universo dos excluídos do trabalho, com as variações nas representações sociais da periculosidade nas grandes periferias do mundo; ou melhor, tem também a ver com tudo isso, mas no sentido que, na presente contingência histórica, o aumento da criminalidade, a difusão

78. "a) sovente le fasi di ricarcerizzazione sono accompagnate sia da un aumento della delittuosità (ripeto: delittuosità, non criminalità), sia da una legislazione penale più draconiana, sia infine da una maggiore severità delle agenzie della criminalizzazione secondaria, ragione per cui, alla fine, non è possibile valutare il contributo di ciascuno di questi fattori rispetto al fenomeno studiato; b) una crescita della delittuosità accompagnata anche da un aumento della severità in the books non spiegano (nel senso che la circostanza della compresenza non è una spiegazione) anche una lievitazione della severità in the facts. Peraltro, anche la verifica empirica della correlazione significativa tra due o più variabili non è mai o non è ancora una spiegazione." PAVARINI, 2007, p. 14-15.

79. PAVARINI, 2007, p. 18.

da insegurança social, as práticas de exclusão impostas pelo mercado, os novos processos de mobilidade determinados pela globalização, a redução do estado social, etc, são somente os elementos através dos quais – primeiramente na capital – constrói-se, impõe-se e, ao final, difunde-se universalmente uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e o ilícito, sobre o merecedor de inclusão ou de exclusão.[80]

6. A DOUTRINA DA "TOLERÂNCIA ZERO"

Nesse momento, abordaremos o tema que vem norteando as políticas criminais em quase todo o continente europeu e americano. Trata-se da doutrina da "Tolerância Zero" que partindo de Nova York, difunde-se pela Inglaterra,[81] França, Alemanhã, Itália, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, além de México, Argentina e Brasil.[82]

Essa doutrina consiste mais em um "instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda",[83] em uma nova

80. "Insomma: più o meno carcere nel mondo (un più o meno, ripeto, apprezzabile più simbolicamente che materialmente) non sembra avere molto a che vedere con la criminalità, con l'ampiarsi o restringersi dell'universo di esclusi dal lavoro, con le variazione nelle rappresentazioni sociali della pericolosità nelle grandi periferie del Mondo; o meglio ha anche a che vedere con tutto questo, ma nel senso che, nella presente contingenza storica, l'aumento della criminalità, il diffondersi dell'insicurezza sociale, le pratiche di esclusione imposte dal mercato, i nuovi processi di mobilità determinati dalla globalizzazione, la riduzione dello stato sociale, ecc., sono solo gli elementi attraverso i quali – in primis nella 'capitale' – si costruisce, si impone e alla fine si diffonde universalmente una nuova filosofia morale, un determinato punto di vista sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione." PAVARINI, 2007, p. 21.

81. Conforme elucida Wacquant, a referida doutrina parte dos Estados Unidos e se difunde pela Europa a partir da Inglaterra. A exemplo dessa absorção inglesa da "tolerância zero", pode-se ressaltar a instauração da política "obrigações da cidadania" pelo então Primeiro Ministro inglés Tony Blair, que promove a "(...) mutação do *welfare* em *workfare* e a instituição do trabalho assalariado forçado em condições que ferem o direito social e o direito trabalhista para as pessoas 'dependentes' das ajudas do Estado (...)" WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 43.

82. WACQUANT, 2001, p. 30-34.

83. Ibidem, p. 30.

retórica política e, em parte, em uma estratégia de segurança urbana que em uma específica estratégia de política criminal.[84]

A partir dos anos 90, iniciam-se as discussões em torno da *Zero Tolerance* como uma forma capaz de solucionar os mais diferentes problemas: drogas, microcriminalidade, pedofilia etc, seria uma medida que serveria a tudo. Tal discussão, que teve início nos Estados Unidos, logo difundiu-se pela Europa,[85] gerando, já há alguns anos, um certo pânico moral no que diz respeito à violência urbana, cujo alvo são os "bairros sensíveis" e as vítimas os seus habitantes.[86]

A doutrina da "Tolerância Zero" nasce baseada na doutrina da "vidraça quebrada" em *New York*, consistente no afirmar-se que só a partir de uma tolerância zero das pequenas incivilidades se pode previnir a geral e futura incivilidade nas cidades.[87]

Como ressalta Wacquant:

"(...) essas noções não brotam espontaneamente, já todas constituídas, da realidade. Elas increvem-se em uma vasta constelação discursiva de termos e teses vindos dos Estados Unidos sobre o crime, a violência, a justiça, a desigualdade e a responsabilidade – do indivíduo, da 'comunidade', da coletividade nacional – que pouco a pouco se insinuaram no debate público europeu e que devem o essencial de seu poder de persuasão à sua onipresença e ao prestígio redescoberto de seus pioneiros na cena internacional. A banalização desses lugares-comuns dissimula um risco que muito pouco tem a ver com os problemas aos quais se referem ostensivamente: a redefinição das missões do Estado, que, em toda parte, se retira da arena econômica e afirma a necessidade de reduzir seu papel social e de ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal. (...) Supressão do Estado econômico, enfraquecimento do Estado social, fortalemcimento e glorificação do Estado penal."[88]

Dentre os americanos que inspiraram a reforma britânica das ajudas sociais, destaca-se Lawrence Mead o qual desenvolveu uma tese responsabilizando a não imposição de obrigações de comoportamentos

84. De Giorgi, 2000, p. 105.
85. De Giorgi, loc. cit.
86. Wacquant, 2001, p. 17.
87. Ibidem, p. 131.
88. Wacquant, 2001, p. 17-18.

aos beneficiários das políticas públicas de assistência pelo fracasso do Estado-providência americano dos anos 70 e 80.[89] Segundo Mead:[90]

"(...) 'o emprego, ao menos no que diz respeito a empregos 'sujos' e mal pagos, não podem mais ser deixados à boa vontade e à iniciativa dos que trabalham': ele deve ser tornado obrigatório (...) 'O não-trabalho é um ato político' que demonstra 'a necessidade do recurso à autoridade' (...)

Assim, Mead constata que o trabalho precário é induzido pela coação política, sendo favorável, então, a substituição do Estado-providência materialista por um Estado punitivo paternalista, capaz de estabelecer o trabalho assalariado dessocializado – base da nova ordem polarizada de classes."[91]

A relação entre o trabalho e a criminalização, ou melhor, entre o mercado de trabalho e o encarceramento, é tal que há uma sobrecondenação na privação de liberdade dos indivíduos marginalizados pelo mercado de trabalho, ou melhor, não absorvidos por este, pois o mero fato de não ter emprego faz aumentar o prazo de privação de liberdade, seja em prisão preventiva, seja no fato de quase nunca conseguir os benefícios do *sursis*. "Enfim, a ausência ou a fragilbilidade da inserção profissional do detento estende a duração efetiva da reclusão diminuindo suas chances de se beneficiar de uma redução de pena ou de uma liberdade condicional ou antecipada."[92]

A implementação da política da "Toletância Zero" já se dá em um ambiente de aumento regularmente crescente nas taxas de encarceramento nos Estados Unidos. Durante os anos 60 pode-se constatar uma baixa na população carcerária, a ponto de se iniciarem debates em torno da descarcerização e penas alternativas, tratando o cárcere como *ultima ratio* somente para os criminosos perigosos, chegou-se até a discutir o fim do cárcere. No entanto, 10 anos depois, toda essa situação muda: enquanto em 1975 a população carcerária era de 380.000, 10 anos depois essa mesma população atingiu 740.000 e em 1995 saltou para 1,5 milhão e para dois milhões no final de 1998. "Se fosse uma cidade, o sistema carcerário norte-americano seria hoje a quarta maior metrópole do país".[93]

89. Ibidem, p. 44.
90. Ibidem, p. 45.
91. WACQUANT, loc. cit.
92. Ibidem, p. 106-107.
93. WACQUANT, 2001, p. 81.

Ocorre que esse aumento da população carcerária não vem sendo gratuito para a população, ou seja, enquanto o Estado investe em cárceres, recua na assistência social, a ponto de ser possível traçar um paralelo entre os investimentos nas instituições penitenciárias e a diminuição dos investimentos nas políticas sociais nos Estados Unidos:

No total, em 1993, os Estados Unidos gastaram 50% a mais com suas prisões que com sua administração judiciária (32 bilhões de dólares contra 21), ao passo que os orçamentos dessas duas administrações eram idênticas 10 anos antes (em torno de sete bilhões cada uma). E, a partir de 1985, os créditos para funcionamento das penitenciárias superaram anualmente o montante destinado ao principal programa de ajuda social, Aid to Families with Dependent Children (AFDC), ou, ainda, as somas destinadas à ajuda alimentar às famílias pobres (Food Stamps) (...) Assim, enquanto os créditos penitenciários do país aumentavam 95% em dólares constantes entre 1979 e 1989, o orçamento dos hospitais estaganava, o dos liceus diminuia em 2% e o da assistência social, em 41%. Os Estados Unidos fizeram a escolha de construir para seus pobres casas de detenção e estabelecimentos penais em lugar de dispensários, creches e escolas.[94]

Diante dos gastos exorbitantes com o cárcere, foram estabelecidas quatro técnicas de redução de gastos:

A primeira consiste em diminuir o nível de vida e de serviços no seio dos estabelecimentos penitenciários, limitando ou suprimindo os *privilégios* concedidos a seus prisioneiros, tais como ensino, esporte, entretenimentos e atividades voltadas para a reinserção, já rebaixadas a uma posição ridícula (menos de 5% do orçamento do sistema carcerário na Califórnia). A segunda parte da inovação tecnológica, em matéria de vídeos, informática, biometria, telemedicina etc., para melhor a produtividade da vigilância. Uma terceira estratégia visa transferir uma parte dos custos da carceragem para os presos e suas famílias: como consequência, duas dezenas de estados e várias dezenas de condados urbanos *faturam* a jornada de detenção de seus prisioneiros, cobram *gastos com documentação*, fazem as refeições serem pagas e impõem um pedágio para se ter acesso aos serviços do estabelecimento (lavanderia, oficina, eletricidade, telefone etc.) (...) A quarta técnica, bastante promissora, consiste em reintrodizir o trabalho desqualificado *em massa* no seio das prisões (...)

94. Ibidem, p. 87 e 88.

Mas ele só diz respeito atualmente a um detido sobre 15, em razão de exigências legais severas que pesam sobre as indústrias penitenciárias. Diversos projetos de lei recentes têm justamente como objetivo suprimir esses entraves, pois muitos especialistas consideram o desenvolvimento do trabalho assalariado carcerário a fonte mais importante de fazer economia. E, desde o momento em que se impõe aos pobres de fora a obrigação de trabalhar pelo viés do *workfare*, é lógico impô-lo também a esses pobres *de dentro*. Um último método para diminuir o custo assombroso da transição do Estado social para o Estado penal estende à justiça a ideologia da mercantilização, que já guia o endurecimento dos programas de assistência aos pobres: privatizar o encarceramento.[95]

Logo, é possível afirmar uma certa mercantilização seja da assistência social que da própria prisão, dentro de uma política de menos Estado e grandes exigências orçamentárias. É uma forma, em outras palavras, de tornar o pobre e o prisioneiro rentáveis (se é que preso já não é sinônimo de pobre). Esse panorama é lido por Wacquant como se se assistisse:

"(...) à gênese não de um simples 'complexo carcerário-industrial', como sugeriram alguns criminologistas, seguidos nisto pelos militantes do movimento de defesa dos presos, mas de um *complexo comercial carcerário-assistencial*, ponta de lança do Estado liberal-paternalista nascente. Sua missão consiste em vigiar e subjugar, e se precisar punir e neutralizar, as populações insubmissas à nova ordem econômica segundo uma divisão sexuada do trabalho, seu componente carcerário ocupando-se prioritariamente dos homens ao passo que seu componente assistencial exerce tutela sobre (suas) mulheres e filhos."[96]

Vale a pena ainda destacar que entre as consequências do cárcere estão os "efeitos pauperizantes do penitenciário" que não se restringem apenas aos presos, estendendo-se a suas famílias e bairros, pois quanto mais se prendem os pobres, mais se garante a perpetuação da pobreza, porque dificilemente eles conseguirão sair desse ciclo, constituindo sempre um alvo constante às políticas de criminalização da miséria.[97]

95. WACQUANT, 2001, p. 89-90.

96. Ibidem, p. 99-100.

97. WACQUANT, 2001, p. 145. Vide também: Como diz Heleno Fragoso numa conversa travada com Nilo Batista e retratada por este em seu livro "Punidos e mal pagos": "O direito penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua

Observa Wacquant que enquanto os Estados Unidos aplicam políticas de criminalização da miséria, atreladas à insegurança salarial e social; a Europa encontra-se ainda dividida entre as políticas de encarceramento da pobreza coligada ao controle policial das classes menos favorecidas, além do recuo nas ações de proteção social e o disciplinamento de novos direitos, tais quais:

"(...) o salário de subsistência, independentemente da realização ou não de um trabalho, a educação e a formação para a vida, o acesso efetivo à moradia para todos e a cobertura médica universal –, acompanhada de uma reconstrução efetiva das capacidades sociais do Estado, de modo a conduzir rapidamente à criação de um Estado social europeu digno do nome."[98]

A criminalização da miséria ou mesmo "penalidade neoliberal"[99] confronta-se, portanto, com o seguinte paradoxo: resolver com um "mais Estado policial e penitenciário" o "menos Estado econômico e social", que se configura como a razão do aumento desproporcional da "insegurança objetiva e subjetiva" em quase todos os países europeus e americanos.[100]

É possível constatar, portanto, que o cárcere desde o final do séc. XX denota-se como "um sistema em expanão", assim como já foi na sua primeira fase (no séc. XVII) e na sua segunda fase (entre o final do séc. XVIII e durante o séc. XIX).[101]

força e seu dramático rigor. A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade, em todos os níveis, inclusive pela corrupção."

98. WACQUANT, 2001, p. 151.

99. Essa penalidade articula-se "(...) em torno da maior repressão dos delitos menores e das simples infrações (com o slogan, tão sonoro como oco, da 'tolerância zero'), o agravamento das penas, a erosão da especialidade do tratamento da delinquência juvenil, a vigilância em cima das populações e dos territórios considerados 'de risco', a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre o público e o privado, em perfeita harmonia com o senso comum neoliberal em matéria econômica e social, que ele completa e conforta desdenhando qualquer consideração de ordem política e cívica para estender a linha de raciocínio economicista, o imperativo da responsabilidade individual – cujo avesso é a irresponsabilidade coletiva – e o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo." WACQUANT, 2001, p. 136.

100. WACQUANT, 2001, p. 7 – Prefácio.

101. MATHIESEN, 1996, p. 44.

Referências bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal maximo x cidadania minima.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Batista, Nilo. *Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

De Giorgi, Alessandro. *Zero Tolleranza: Strategie e pratiche della società di controllo.* Roma: Derive Approdi, 2000.

Farías, Raúl Zamorano. *La democrazia dei Postmoderni e i suoi gesti allegorici.* Trad. Gioia Volpe. Lecce: Pensa Editore, 2004.

Habermas, Jurgen. *Il discorso filosofico della modernità.* Trad. Emilio Agazzi e Elena Agazzi. Bari: Laterza, 2003.

Mathiesen, Thomas. *Perché il carcere?* Trad. Enrico Pasini e Maria Grazia Terzi. Torino: Gruppo Abele, 1996.

Melossi, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza.* Milano: Bruno Mondadori, 2002.

Monaco, Lucio. Carcere duro e decarcerizzazione tra simbologia e ristrutturazzione del controllo. In: Mosconi, Giuseppe A. (org.). *L'altro carcere.* Padova: Cooperativa libraria Editrice Università di Padova, 1982. Parte (L'altro carcere).

Nascetti, G. P. Decentramento e diffusione nella politica del controllo sociale. Aspetti teorici. In: Pavarini, Massimo. (org.). *Studi di teoria della pena e del controllo sociale.* Bologna: G. Saccardin – A. Martina, 1990. Parte III.

Pavarini, Massimo. *I nuovi confini della penalità – Introduzione alla sociologia della pena.* Bologna: Edizioni Martina Bologna, 1996.

_____. L'aria della città rende (ancora) liberi? Dieci anni di politiche locali di sicurezza. In: Pavarini, Massimo. (org.). *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia.* Roma: Carocci, 2006. Introdução.

_____. *Saggi sul governo della penalità.* Bologna: Martina, 2007.

_____; Donini, Massimo. *Silète poenologi in munere alieno!* In: Pavarini, Massimo. (org.). *Silète poenologi in minere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi.* Bologna: Monduzzi, 2006. Primeira intervenção.

Wacquant, Loïc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas.* Trad. Vânia Romano Pedroso e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

V HISTÓRIA E DIREITO PENAL

1
O crime em Alagoas na primeira república

ULISSES NEVES RAFAEL

Bacharel em Ciências Sociais pela UFPB. Mestre em Antropologia pela UFPE. Doutor em Sociologia e Antropologia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da UFRJ. Membro do grupo de pesquisa Laboratório de Estudos Urbanos e Culturais da UFS. Professor adjunto III da UFSE.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O objetivo este artigo é analisar os relatórios e as mensagens dos presidentes da província de Alagoas, do período imperial, cujo conteúdo são os relatórios ou falas com que os presidentes das províncias se dirigiam às bancadas das Assembléias Legislativas quando da instalação de suas sessões ordinárias. Tais relatórios faziam o detalhadamento das estatísticas referentes, principalmente, às taxas de criminalidade no período. O interesse aqui está voltado para uma modalidade específica de acusação, aquela que tomava as práticas religiosas conhecidas como afro-brasileiras como foco de atenção. Evidências revelam que em Alagoas, assim como em outros estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, muitos processos foram instaurados para apuração de supostos delitos ali praticados, bem como para a punição dos seus responsáveis.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the reports and messages of presidents of the province of Alagoas during the imperial period, that is, those whose contents are the reports or speeches used by the presidents of the province to address the bench of the Legislative Assembly during their ordinary sessions. Those reports provided detailed statistics, especially those related to criminality rates of that period. The interest here lies upon a specific type of accusation, which turned the religious practices known as Afro-Brazilian into the focus of attention. Evidences show that in Alagoas, as well as other states like Bahia and Rio de Janeiro, many legal proceedings have been instituted to investigate the supposed offenses committed there, as well as to establish the penalties for those held responsible.

Palavras-chave: Crime – Alagoas – Religiões afro-brasileiras.

Keywords: Crime – Alagoas – Afro-Brazilian religions.

Sumário: Introdução – 1. Os relatórios provinciais e as convulsões políticas no país e em alagoas – 2. Os mapas criminais nos relatórios provinciais – 3. Malandros pretos, ladrões mulatos e outros quase brancos: especificidades da acusação nos relatórios – 4. Conclusão – Bibliografia.

No dia em que o crime se ornamenta com os despojos da inocência, por uma curiosa deformação que é própria do nosso tempo, é a inocência que se vê intimada a apresentar suas justificativas.

Albert Camus

Introdução

O objetivo aqui é analisar os relatórios e as mensagens dos presidentes da província de Alagoas, do período imperial, os quais fazem parte do acervo do Latin American Microfilm Project (LAMP) do Center for Research Libraries (CRL), criada pela Andrew W. Mellon Foundation com a finalidade de digitalizar documentos oficiais disponibilizando-os aos pesquisadores e estudantes interessados.[1]

Trata-se de relatórios ou falas com que os presidentes das províncias se dirigiam às bancadas das Assembléias Legislativas quando da insta-

1. Debruçamo-nos sobre a série de documentos brasileiros, mais especificamente sobre Alagoas, tomando como referência inicial, a fala do presidente da província, quando da instalação da primeira sessão da Assembléia Legislativa desta província, em 15.03.1835. Esta data é tomada como referência inicial dos documentos oficiais consultados, não só porque, de fato, é aí que se instala a 1.ª Assembléia Legislativa da Província, como também porque o ato que decretou as mudanças e adições na Constituição política do Império e que orientou inicialmente tais relatórios, fora promulgado, há apenas sete meses antes. Trata-se do art. 8.º da Lei de 12.08.1834, mais conhecida como Ato Adicional. Essa lei não só substitui o Conselho Geral da Província pelas assembléias provinciais, como amplia sobremaneira os seu poder, embora mantenha a nomeação do Presidente da Província pelo Imperador. Depois outro preceito legal passa também a regulamentar sua elaboração, no caso o Aviso Circular de 11.03.1848, para os casos de relatórios apresentados por substitutos dos mandatários principais, ou seja, 1.º, 2.º e até 5.º vice-presidente.

lação de suas sessões ordinárias, as quais sempre aconteciam duas vezes por mandato, ou por ocasião ainda das raras sessões extraordinárias. Esses documentos também eram apresentados quando a administração da província era passada para um outro mandatário.

Tais relatórios, até Proclamação da República, continham em anexo os relatórios do Secretário da Polícia, que era o mesmo do Interior, e do Secretário do dos Negócios e da Fazenda, os quais traziam detalhadamente estatísticas referentes às suas áreas de atuação. A partir da década de 1890, esses documentos ganham outra feição. Trata-se de mensagens dirigidas ao Congresso do Estado, mas sem as especificações observadas nos relatórios anteriores. Apesar de referências superficiais aos dados do Chefe da Polícia, os relatórios provenientes dessa instância não integram as novas mensagens, pelo menos não no Hartness Guide, onde localizamos esses documentos.

O roteiro dos conteúdos desses relatórios, quase sempre gira em torno dos mesmos itens: educação, saúde pública, magistratura, forças militares, obras públicas, eleições, agricultura, finanças, entre outros. No caso específico aqui analisado o objetivo era acompanhar as taxas de criminalidade no período coberto pelos relatórios, a fim de localizar, se possível, a prática de algum delito em que a religião afro-brasileira se apresentasse como foco da acusação. As suspeitas levavam a crer que em Alagoas, assim como em outros estados como Bahia e Rio de Janeiro,[2] também poderia ter se verificado práticas criminosas semelhantes, bem como a instauração de processos para apurar e punir os responsáveis.

Antes, porém de apresentar o resultado de nossa investigação, convém tratar de alguns aspectos gerais relacionados a tais relatórios, os quais ainda que fragmentados na questão que nos interessa mais particularmente, podem nos ser úteis para acompanhar a história política de Alagoas.

1. Os relatórios provinciais e as convulsões políticas no país e em Alagoas

Um primeiro aspecto que ressalta da leitura desses relatórios é a alta rotatividade desses governantes no poder. Aliás, essa efemeridade, já

2. cf. Reis, João José & Silva, Eduardo. *Negociação e conflito: a resistência negra no Brasil escravista*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. e; Maggie, Yvonne. *Medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

atestada por outros estudiosos, tem se verificado na província, desde que lhe foi concedida autonomia política, em 1817. Segundo o historiador alagoano Jayme de Altavilla, a vida política na província, desde 1711, estivera marcada pela tranquilidade pública, o que pode ser inferido pela quantidade de ouvidores que assumiram administrativamente a política local, 16 ao longo dos 106 anos que vão de uma data a outra. Depois disso, mais especificamente entre 1818 e 1889, segundo o mesmo historiador, é espantosa a estatística dos presidentes e vice-presidentes que se alternaram no poder. Ao todo, 139 administradores em 71 anos, dos quais, apenas dois eram alagoanos. Essa dinâmica não se altera com o advento da república, período que nos interessa mais particularmente.[3]

Também Craveiro Costa, inclusive com o aval da anterioridade sobre os demais historiadores, nos chama a atenção para esse fato no seu, *História das Alagoas*. Para esse autor, a causa de tantas sucessões residia no fato de que, os presidentes escalados para Alagoas, como provavelmente para as outras províncias igualmente periféricas, além de não demonstrarem interesses locais, pela media de tempo que permaneciam no local, também não tinham condições de conhecer a situação e necessidades regionais: "A politicagem era a preocupação de todos elles, muitos dos quais passavam pela província apenas para se elegerem deputados geraes."[4]

Félix Lima Junior, atesta essa volubilidade do poder em Alagoas, comparando-a com a província de Santa Catarina, que durante todo o Império teve apenas 26 presidentes, contra 61 em Alagoas. Um dele em especial fez a passagem mais meteórica por essas plagas, no caso, o último Presidente Monárquico, que ficou no poder por menos de vinte horas, mas que vinha substituir o Dr. Manuel Vitor Fernandes de Barros, que por sua vez governou Alagoas por apenas dois meses e nove dias.[5]

Se também tomarmos a Província do Rio de Janeiro, antiga Vila Real da Praia Grande, com sede em Niterói, observar-se-á que, talvez inclusive pela sua proximidade da sede do Império, ou talvez pela sua potencialidade econômica pautada nas culturas cafeeira e canavieira, o certo é que, pelo menos nos seus primeiros dez anos de existência,

3. Altavilla, Jayme. *História da civilização das Alagoas*. Maceió: Edufal, 1988, p. 63 e ss.

4. Costa, Craveiro. *História das Alagoas*. São Paulo: Melhoramentos, s/d. p. 118.

5. Lima Junior, Felix. *Maceió de outrora*. Maceió: Edufal, 2001. p. 101. vol. 2.

ela contou com uma estabilidade política maior. Senão note-se: nesse período, enquanto a Província do Rio de Janeiro, havia conhecido cinco presidentes e inúmeros vice-presidentes, a de Alagoas, já conhecera 08 presidentes e 1 vice. Claro que, como no Rio de Janeiro, os constantes afastamentos se davam em função dos compromissos com outras áreas de poder ou até mesmo pelas candidaturas às Assembléias Gerais.[6]

Vale salientar, no entanto, que nesse mesmo período inicial da Política Imperial, a Província de Alagoas foi abalada por dois movimentos de revolta popular, que implicaram no impedimento, ainda que temporário, dos presidentes, de assumirem suas funções administrativas. Aqui se está referindo, primeiro, ao sentimento de revolta que tomou os moradores da primeira capital das Alagoas, quando da transferência da Tesouraria Geral para a vila de Maceió, por determinação do presidente recém-chegado, Agostinho da Silva Neves. A população enfurecida o detém no Palácio Provincial e convida a assumir o poder, o 5.° Vice-Presidente, Tavares Bastos. Em Maceió, o Barão de Sinimbú, 1.° Vice-Presidente, numa demonstração de poder paralelo, também assume a presidência da província, garantindo, inclusive o resgate do presidente temporariamente deposto e sua transferência para Maceió, que se torna, a partir de então, a capital da província.

O segundo episódio decorre desse primeiro, o qual redunda numa disputa política entre essas duas famílias, Sinimbú e Tavares Bastos, que ficou conhecida como Guerra dos Lisos e Cabeludos. O momento de maior tensão nesse conflito ocorreu quando tropas revoltosas a serviço de Tavares Bastos invadem a capital e forçam a retirada temporária do Presidente, na época, (1844), Bernardo de Souza Franco, acusado de prestar apoio ao inimigo político, Barão de Sinimbú. O presidente recolheu-se a bordo de um navio ancorado na costa, enquanto aguardava o retorno da tranquilidade.

Por fim, para encerrar esse tema da volubilidade da política alagoano, convém mencionar outro historiador alagoano, Douglas Tenório Apratto, que chama a atenção para a mesma efemeridade, só que no período republicano. Apesar de não estudar especificamente o assunto, esse autor fornece uma estatística exemplar:

6. Sobre a formação da província do Rio de janeiro, consultar VASCONCELOS, Francisco José Ribeiro. *Aureliano coutinho no contexto da província fluminense*. Petrópolis: IHP: Tribuna de Petrópolis, 2000.

"No início da República, a substituição dos governadores teve rotatividade parecida com a dos presidentes de província no Império, motivada pela mesma intransigência dos grupos políticos em feroz disputa. Vinte e dois governos se sucederam no espaço de apenas sete anos, sete meses e 13 dias, exatamente do dia 18.11.1889, quando do advento da primeira Junta Governativa, até o dia 12.06.1897, quando tomou posse Manoel Duarte, governador eleito por sufrágio direto."[7]

Em outra obra desse autor, dedicada especificamente ao Estado de Alagoas na primeira fase da República Velha, pode-se confirmar essa tese com a seguinte citação:

"As disputas constantes que se travavam, de forma clara ou furtiva, transformaram a década de 90 numa era política tempestuosa que não resultara de um confronto de projetos conflitantes para beneficiar a população nem de rivalidades com o finado regime da realeza (...) houve, sim, questiúnculas que se transformaram em ódios mortais, brigas apaixonadas de facções e indivíduos interessados em assegurar sua primazia na instalação da nova ordem institucional. Iniciava-se um típico período de transição quando grupos açulados por suas próprias cobiças disputavam a hegemonia na condução do novo processo político."[8]

Convém esclarecer, no entanto, que toda essa atribulação de que foi objeto a Província de Alagoas, não foi uma exclusividade desse pequeno reduto político situado fora do centro de decisões do país. Essa parece ser uma característica essencial dos sistemas políticos que sofreram transformações radicais no seu percurso e que tiveram sua estabilidade administrativa afetada por constantes substituições de executivos no poder. Não convém arriscar mencionar a variabilidade de regimes políticos espalhados pelo mundo, onde certamente se encontraria paralelo para o exemplo citado, mas, com relação à América espanhola, pelo menos, tem-se como respaldo, a análise de diversos autores que confirmam essa

7. Tenório, Douglas Apratto. *A tragédia do populismo: o impeatchment de muniz falcão*. Maceió: Edufal, 1995. Sobre o mesmo período republicano, eis o que diz um cronista alagoano: "O pequenino Estado (...) nos primeiros tempos da República,recorde em matéria de botar para correr governador que caísse no desagrado do povo" (Bleygher, Edu. *Alagoas Pitoresca*. Maceió: Imprensa Oficial. 1951).

8. Tenório, Douglas Apratto. *Metamorfose das oligarquias*. Curitiba: Hd Livros, 1997.

assertiva. Veja o que nos diz Afonso Arinos de Melo Franco em *Problemas Políticos Brasileiros:*

"De começo, acentuemos um fato incontestável: apesar de tumultuado, o processo político do estabelecimento da República, no Brasil, foi incomparavelmente mais ordenado, jurídica e institucionalmente do que os movimentos correspondentes em qualquer outro país da América Latina, desde o México até a Argentina."[9]

Assim sendo, no caso brasileiro, a formação do Estado nacional contou com uma especificidade que iria marcar sua trajetória política em termos de constituição da ordem nacional, ou seja, o fato de ter nascido depois da transferência do Estado imperial português pra cá, herdando assim o aparelho estatal do Império português. Segundo Fernando Henrique Cardoso, "os elementos dinamizadores, os elementos disciplinadores da ordem nacional no Brasil, se apoiaram extensamente na burocracia pública". Para tanto esse autor destaca dois elementos exemplares. Primeiro, os juízes e desembargadores que, nomeados no Rio percorriam o país criando um espaço ideológico homogêneo; em segundo, os Governadores das Províncias, que eram nomeados pelo Imperador e eram transferidos de uma a outra região do país, se apresentando assim como funcionários privilegiados da Coroa".[10]

Retome-se, pois, o início da comparação: Se o Brasil, com relação a outros países latino-americanos, guarda a especificidade de um Estado nacional, cuja formação e autonomia se deu através de um processo ordeiro, pela forma como o Estado da Metrópole se imiscuiu nos negócios políticos da província; se os Governadores de Província são a representação dessa política de disciplinamento da ordem nacional, já que representam a burocracia pública centralizada do Imperador, por que então em Alagoas, a permanência era tão efêmera? Talvez fosse o caso de comparar o número de administradores locais nomeados para Alagoas com o de outras províncias.

Um outro aspecto diz respeito ao pouco destaque que esses relatórios reservam às situações de maior tensão e agitação política na província ou no estado. No item *tranquilidade pública*, por exemplo, a maioria dos

9. Franco, Afonso Arino de Melo. *Problemas políticos brasileiros*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 144.

10. Cardoso, Fernando Henrique. O Estado na América Latina. Pinheiro, Paulo Sergio (coord.). *O Estado na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: Cedoc, 1977.

mandatários insiste numa assertiva que termina por tornar-se um bordão que apela para a índole ordeira do povo alagoano: A contradição disso reside no fato de que historicamente, no mesmo período que tal veredicto está sendo dado, notícias de revoltas, sedições e agitações políticas são registradas em outras fontes escritas, sem que tais fatos pareçam preocupar aquelas autoridades, já que em seus relatórios a referência ao respectivo episódio é feita apenas superficialmente ou nem sequer mencionada.

Pode-se acompanhar parte desses acontecimentos através da obra *Evolução Política do Brasil* de Caio Prado Junior ou de tratados históricos alagoanos, e tentar identificar nos referidos relatórios da época referências a tais acontecimento. A começar pelos eventos de repercussão nacional. Para tanto, necessário se faz seguir as pistas fornecidas por esse autor, o qual apesar de concordar como fazem outros, que com relação à América Espanhola ou Inglesa, fomos poupados das lutas sangrentas que marcaram o estabelecimento da autonomia daquelas nações, reconhece que aqui também enfrentou-se algum tipo de dificuldade nesse processo, ainda que de uma outra ordem e em período posterior de consolidação da independência. Tudo indica que essa transição não foi tão serena como a princípio se pode imaginar. Entre as camadas médias e inferiores da população livre, não se verificou num primeiro momento, qualquer movimento reivindicatório. É certo que numa etapa mais adiantada da independência, mais especificamente durante o período das regências, os movimentos de pressão revolucionária começam a surgir:

"Com a abdicação de D. Pedro I chega a revolução da Independência ao termo natural de sua evolução: a consolidação do 'estado nacional'. O primeiro reinado não passara de um período de transição em que a reação portuguesa, apoiada no absolutismo precário do soberano, se conservara no poder".

A situação a partir de então se altera radicalmente. O período de regências que se abre ficará marcado por revoltas e agitações:

"A pressão revolucionária começa nas camadas logo abaixo da classe dominante. Daí generaliza-se por toda a massa, descendo sucessivamente de uma para outra camada inferior", sendo que, "dada a falta de conexão entre os vários movimentos que surgem separadamente aqui e acolá, nuca se vai além da tomada do poder local".[11]

11. Prado Junior, Caio. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. São Paulo: Brasiliense, 1980. p. 58-60.

As primeiras insurreições do período se caracterizam pela revolta da população contra portugueses que, para indignação geral dos nativos, continuavam bem representados com a formação do governo que assumiu o poder após a abdicação do Imperador: Com relação aos portugueses e descendentes,

"Suas lojas e casas de comércio são assaltadas e os proprietários espancados e mortos. As deposições de autoridades nas províncias se repetem incessantemente. Exigiam-se reformas radicais 'proclamadas pelo povo na praça pública'."[12]

No Pará acontece a revolta dos *cabanos*, um dos mais notáveis movimentos de contestação popular do país e que em Alagoas teve seu paralelo. Sob a denominação de *cabanada*, uma importante manifestação política de caráter popular ocorreu nas matas reais da fronteira das províncias de Alagoas e Pernambuco, entre os anos 1832 e 1836 (praticamente o mesmo período de duração daquela, 1833-1836). Trata-se de um episódio marcante que mereceu por parte dos historiadores alagoanos, uma certa atenção, mas cuja contribuição foi classificada como "historiografia estamental", no sentido que lhe empresta outro historiador mais recente, Dirceu Lindoso, ele próprio um dos principais estudiosos do assunto.[13]

Os documentos produzidos no período parecem se enquadrar em tal categoria porque, se por um lado desconsiderarem totalmente o episódio, por outro, quando o mencionam, o fazem dentro da tradição do "discurso de difamação histórica" já referido. Esse é o caso, por exemplo, do relatório do presidente Antonio Joaquim de Moira, de 10.01.1836, que deveria detalhar o fim da insurreição, importante fato no rol dos acontecimentos verificados nos últimos quatro anos, dedica ao assunto em um único parágrafo. O anterior, de instalação da 1.ª assembléia Legislativa, de 15.03.1835, sequer faz menção àquele acontecimento.

12. Prado Junior, Caio. Op. cit., p. 63.

13. Por historiografia estamental deve ser entendida como "o discurso historiográfico sobre as realidades inssurreicionais cabanas" as quais, "aprisionam as fatualidades históricas, num caráter textual com manipulação ideológica". Entre os autores que se enquadram dentro dessa historiografia local estão. Espíndola, Thomaz. *Geografia alagoana ou descrição física, política e histórica da província de Alagoas*. Maceió: Typ. do Liberal, 1871; e Altavilla, Jayme. Op. cit. (cf. Lindoso, Dirceu. *Utopia armada, rebeliões de pobres nas matas de Tombo Real*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993).

Fora eleito regente do Império em 12.10.1836, o antigo ministro da justiça da primeira Regência, Padre Diogo Antonio Feijó, o qual encontrara o país em condições muito mais adversas do que da primeira vez que se verificaram essas agitações. Em vários pontos do país, além do Pará e Alagoas, eclodiram movimentos revoltosos: Em Laranjeiras, Sergipe, e nas povoações de Caitité, Nazaré e Santo Amaro na Bahia (fins de 1836); nas fronteiras do Maranhão com o Piauí, a Balaiada (1833-1841), em Pernambuco, a revolução praieira (1848-1849); no Rio Grande do Sul, a guerra dos *farrapos*, (até 1849) na Bahia, o levante de escravos e uma série de graves acontecimentos. Trata-se de fatos que, mesmo quando eclodem nas imediações da província, parecem não afetar a tranquilidade do governante, indiferente a sua disseminação.

Temos ainda o caso da convocação dos alagoanos para engrossarem a campanha contra Solano Lopes no Paraguai. O Decreto do Governo Imperial 3.371, de 07.01.1865, suspendia o recrutamento até 25 de abril do mesmo ano, contudo em Alagoas, a capital da província e, mais especificamente no vizinho município de Pilar, o Delegado de Polícia e seus auxiliares, cumpriam à risca as ordens do Presidente da Província, na época o Desembargador João Batista Gonçalves Campos. Para tanto, foram escolhidos os matutos, pequenos agricultores, trabalhadores de engenho, pescadores e outros tabaréus os quais, dirigindo-se à cidade nos dias de feira, eram recolhidos às cadeias improvisadas, e ali permaneciam até que jurassem a bandeira. Os comerciantes locais indignados com a queda no movimento dos seus negócios decidiram, em protesto, fechar os seus estabelecimentos, soltar os supostos *voluntários* e colocar na prisão, as próprias autoridades policiais da cidade. Esse fato não foi noticiado no relatório do ano seguinte, embora ali conste uma altíssima incidência de crimes identificados como "retirada de presos", aliás, o maior número dos últimos dez anos.

Sendo assim, o que é que esses relatórios contêm, afinal de contas, de tão importante, para merecer uma atenção mais redobrada? Justamente os mapas dos crimes cometidos, que aparecem pela primeira vez no relatório que o presidente Agostinho da Silva Neves apresentou à Assembléia Legislativa no dia 09.05.1839, o qual vinha acompanhado do relatório do Secretário do Interior, com as taxas de criminalidade da Comarca de Maceió, desde abril de 1838, mês e ano em que se instalou a Prefeitura, até março de 1839.

2. Os mapas criminais nos relatórios provinciais

Uma primeira observação acerca desses mapas: eles aparecem para sistematizar algo já mencionado no discurso dos presidentes, cujo teor tenderá a se repetir nas falas e relatórios posteriores. Temos aqui um exemplo ilustrativo, do discurso predominante dos relatórios, sobretudo no item tranqüilidade pública:

"Hé cheio de prazer que tenho de anunciar-vos, que reina a tranquilidade em toda a província. O bom senso dos seôs habitantes sabe repellir com horror todo o pensamento de desordens, que tantos males lhes tem causado, e huma dolorosa experiência lhes tem feito ver, que só no remanso da paz, e ao abrigo das instituições, se pode conseguir a remoção dos obstaculos que impedem a bôa marcha das couzas (...) Hé força toda via confessar, que, se a ordem publica não foi alterada, nenhuã diminuição bem sensível se tem conseguido na perpetração dos crimes, e hé observação triste, mas exacta que avultão nestes, os commetidos contra a existencia, circunstancia que se dá em quasi todas as províncias do Imperio" (Relatório, 1939: 02).

A contradição dessa fala reside no fato de que, nesse item "tranquilidade pública", os relatórios enfatizam o "gozo da paz", considerando que no período em questão, ninguém supostamente ousou conspirar contra a ordem pública. Já no campo da "segurança individual", as relações entre as pessoas, durante muito tempo, se pautavam nos "ódios, intrigas e vinganças particulares", o que talvez explique as altas taxas de criminalidade que tanta preocupação causavam nos administradores.[14]

O segundo aspecto a salientar é a grande variabilidade de delitos cometidos, pelo menos nos relatórios iniciais. São 24 modalidades de crimes subdivididos em: crimes particulares (homicídio, tentativa de homicídio, infanticídio, aborto, ferimentos e outras ofensas físicas, ameaças, estupro, rapto, calúnia e injúrias, furto, estelionato, roubo); crimes policiais (armas de defesas, ajuntamentos ilícitos e ofensas à moral) e; os crimes públicos (insurreição ou assuada, resistência, tirada

14. No estudo que realizou sobre a criminalidade em São Paulo nas últimas décadas do séc. XIX e começo do séc. XX, Boris Fausto atesta que "No terreno específico da criminalidade, a sensação de insegurança refletida na imprensa deu lugar a uma 'naturalização' do crime" a ponto de, em termos gerais, "a impressão mais duradoura que se veicula é a de uma cidade relativamente tranquila" (Cf. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 25).

ou fuga de presos, prevaricação, peita e concussão, falta de exação no cumprimento de deveres, irregularidade de conduta, falsidade, moeda falsa). Essa classificação aparece pela primeira vez na fala que abriu a segunda sessão ordinária da 4.ª Legislatura, a qual contém em anexo relatório do Chefe de Polícia Francisco Manoel Martins Ramos.

Entre essas modalidades de crimes, algumas deixam de ser incluídas nos mapas, pela pouca freqüência com que aparecem nas estatísticas policiais. São exemplos disso os seguintes crimes: assuada, jogos ilícitos, perjúrio, erros de ofício, escravidão de pessoas livres ou tráfico, abuso de poder, a prevaricação, peita ou concussão e responsabilidade. Noutros casos, a variedade também se explica pela classificação dada pelo próprio Chefe de Polícia que opta por um tipo de nomenclatura, distinta da que foi utilizada nos relatórios anteriores.

A modalidade mais comum de crime praticada na província e que aparece em todos os relatórios são aqueles contra a pessoa ou particulares, mais especificamente o homicídio, a tentativa de homicídio e os ferimentos e outras ofensas físicas. A partir dos relatórios de 1854, temos uma ilustração da importância que esses crimes adquirem nos relatórios posteriores. A freqüência com que aparecem esses crimes, reunidos também sob a classificação de atentados ou crimes de sangue, é reveladora de alguns traços profundos da cultura alagoana.

Em primeiro lugar, esta-se diante de uma situação típica de omissão do Estado e dos seus aparelhos coercitivos, dando margem a que, intrigas pessoais e ódios inveterados fossem alimentados pelas vinditas, vinganças particulares e lutas de eliminação. Talvez as distâncias entre as comarcas e a capital; o número insuficiente e despreparado de homens nas corporações policiais no interior; a autoridade dos coronéis do sertão e da região dos canaviais, amparados por milícias particulares, determinando os rumos da lei em seus domínios, tudo isso pode ter concorrido para que o princípio da justiça pelas próprias mãos predominasse sobre a atuação do estado em sua função reguladora.

Em segundo lugar, essas estatísticas podem ser reveladoras também da contradição que já se fez menção acerca dos relatórios, quando os presidentes orgulhosos, ressaltam a tranqüilidade publica, embora reclamem do item segurança individual.

Para reforçar a contradição dessa tese, outras modalidades de crime chamam também a atenção, no caso, aqueles que se referem a ajuntamentos públicos e que aparecem pela primeira vez nos mapas sob

a denominação de *assuada*. Esse termo parece incomum até mesmo na época em que é mencionado, já que só aparece uma única vez no relatório do primeiro presidente da província de Alagoas, após a transferência da capital para Maceió. Tendo o sentido de "reunião de gente armada com disposição para desordem; motim; vozearia; balbúrdia; arruaça", parece ter sido utilizada pelo presidente Agostinho da Silva Neves, para se referir aos tumultos de que ele próprio fora vítima, quando da transferência para Maceió e da "mudança do cofre", conforme já tratado antes. O termo que aparece com mais freqüência nos relatórios seguintes é "ajuntamentos ilícitos" que parece guardar com o termo anterior, a mesma relação.

A ênfase sobre tais tipos de crime, como também sobre outros de sentido semelhante, como *desobediência*, *resistência* e *responsabilidade*, consiste em que a sua recorrência serve para demonstrar, mais uma vez, a impertinência do discurso comumente ventilado nos relatórios, acerca da tranqüilidade e da ordem pública.[15]

Não se tem detalhes do encaminhamento dado para esses tipos de crimes. Aliás, em um dos mapas que apresenta o quadro de julgamentos, observamos que de 11 criminosos pronunciados por "ajuntamento ilícito" no período, apenas 3 tiveram processos instaurados, e coincidentemente ou não, para o mesmo período constata-se a ausência de 11 réus. Em tempo, segundo esse mesmo mapa, os crimes a que se referem parecem ter se restringido a Porto Calvo e Porto de Pedras, comarcas vizinhas e mais próximas da região das matas do Jacuípe, onde se verificavam ininterruptos movimentos de sedição.

Quanto às punições, não se dispõe de informações seguras para inferir sobre as penas aplicadas aos responsáveis pela prática dos crimes. Contudo, encontra-se para uma modalidade específica de ilícito penal e seu responsável, tanto a lei que o rege, como a penalidade prevista. Trata-se de um segmento da sociedade que durante toda a vigência do Código Criminal do Império do Brasil, primeira codificação penal brasi-

15. "Tenho a satisfação de participar-vos que a tranquilidade e a ordem pública não tem sofrido a menor alteração (...) Instituições Constitucionais são devidamente apreciadas pelos habitantes desta província, cujo bom senso lhes revela que essa paz de que gozão e a prosperidade que os espera se acham identificados com o sistema jurado" (Relatório, 1848: 3-4). Esse é o tipo de retórica mais comum nos relatórios, embora, em alguns casos, como é esse ainda, no quesito insegurança individual, se aponte a insatisfação com algumas práticas individuais.

leira, e até mesmo depois, com o Código Penal da República, de 1890, foi considerado marginal. Ou seja, a categoria social que se convencionou denominar de vadios e mendigos.

Tanto no capítulo IV, art. 295, do CP do Império, quanto no capítulo XIII do Código da República, esse segmento foi objeto de consideração, já que foram tidos como delinqüentes e, portanto, sujeito às leis penais vigentes.

Segundo o texto legal do Código Criminal do Império, era considerado vadio qualquer indivíduo que não tomasse ocupação honesta e útil de que pudesse subsistir; que não dispusesse de renda suficiente e já tivesse sido advertido pelo juiz de paz. A punição para tais ilícitos penais implicava na prisão com trabalhos forçados, por um período que variava de oito a vinte e quatro dias (pena máxima). Com o Código Penal de 1890 se incluem na categoria os praticantes da capoeira. Aqui também, a punição consistia na prisão celular, porém por um período mais longo, 2 a 6 meses, acompanhados também de trabalho forçado, item que só foi abolida com a lei de contravenções penais de 1940. É quando a vadiagem perde a condição de tipo penal e passa a ser disciplinado como contravenção, prevista no art. 59.[16]

É certo que esse tipo de punição parecia bem mais branda do que as que eram preconizadas pelas Ordenações Filipinas, segundo as quais, para o mesmo tipo de crime deveria o culpado ser açoitado, embora apenas escravos, e pelos seus senhores. Contudo, a tradição de punir aqueles indivíduos que na escala social ocupam as posições periféricas, permanece como regra nas relações do Estado com a sociedade civil até hoje,[17] e a razão por que estamos nos detendo tão longamente sobre este tema reside justamente na participação desse segmento nessas estatísticas criminais.

16. Cf. PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1996 e RIBEIRO, Lucio Ronaldo Pereira. *Da vadiagem e dos vadios*. Rio de Janeiro: UGfo, (s/data e local) (mimeo.)

17. Diversos estudiosos apontam para a preferência entre policiais, por esses estamentos. Segundo Ribeiro, op. cit., pesquisas realizadas sobre vadiagem no Brasil descrevem o perfil dos presos como sendo pessoas de cor, desempregadas, estrangeiros pobres e homossexuais, ou seja, aquele grupo de excluídos aos quais os vadios e mendigos vêm juntar-se. Consultar também: DUARTE, José. Com. à lei das contravenções penais, parte especial. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, s/d. vol. 2, p. 279.

3. Malandros pretos, ladrões mulatos e outros quase brancos: especificidades da acusação nos relatórios

É provável que, como em outros cantos do país, também em Alagoas, muitos negros, mulatos e brancos de situação menos favorecida estivessem sendo objeto do controle do Estado no período que antecedeu à Proclamação da República. Segundo Lília Moritz Schwarcz, que em seu livro *Retrato em Branco e Negro* analisa o discurso e as representações das elites brancas sobre o negro escravo através dos jornais paulistas do final do séc. XIX, a própria condição étnica desses indivíduos era razão suficiente para o seu enquadramento nas modalidades criminais disponíveis, dentre as quais, a "suspeita de ser escravo" era das mais corriqueiras:

"Além disso, o negro, antes e acima de tudo nos momentos em que a escravidão vigorava, era sempre 'escravo', pois qualquer elemento de cor que transitasse na rua era capturado e até segunda averiguação ficava detido 'por suspeita de ser escravo' (...) Por 'suspeita de ser escravo' não foram poucos os libertos que, ao vagarem pelas ruas, foram presos e reconduzidos ao cativeiro".[18]

Nos Quatro Cantos, trecho em que a rua do Comércio, principal artéria da cidade ainda incipiente, cruzava com a antiga rua do Açougue, atual Av. Moreira Lima, certamente muitos dos que ali se reuniam, negros africanos e brasileiros, homens de frete, foram enquadrados neste tipo legal pela polícia. A razão da ausência de informações sobre esse tipo de prisão nos relatórios dos chefes de Polícia deve ser por que a punição ao suposto crime não devia passar de uma rápida detenção, acompanhada de algum tipo de castigo físico, como era comum na época, sobretudo, para os desavisados pais de santo.[19]

18. Schwarcz, Lilia Moritz. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do séc. XIX*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987. p. 155.

19. No romance *Memórias de um Sargento de Milícias* encontramos um relato impagável de uma devassa policial à casa de um curandeiro no Rio de Janeiro, exatamente no período em questão, já que o romance começa a ser publicado em folhetins semanais em 1853. (cf. Almeida, Manoel Antonio. *Memórias de um Sargento de Milícias*. Brasília: Editora da UnB, 1963). Também Maggie, ao analisar o modo como os processos criminais contra feiticeiros no Brasil do início do séc. XX são formados, atesta que em muitos casos, os acusados e as testemunhas "são torturadas e obrigadas a assinar

Convém lembrar que a única vez que o crime de vadiagem, despontou nas tabelas dos crimes cometidos na província de Alagoas, foi no relatório de 1862, que cobre o período entre 1852 e 1865. O suposto delito teria ocorrido no ano de 1853, embora nem no próprio relatório da época ele seja mencionado.

Esse dado ganha mais relevância ainda se considerarmos que, em pesquisas sobre a criminalidade em período próximo, como é o caso do estudo desenvolvido por Boris Fausto, as prisões contravencionais, por embriaguez, desordens e vadiagem, os chamados crimes sem vítimas, reveladoras de uma preocupação com crimes contra a ordem pública, são majoritários em quase todas as partes do mundo, com destaque para esta última modalidade, que "representa o receptáculo maior, onde se enquadra o 'viveiro natural da delinqüência', na linguagem dos relatórios policiais". Segundo esse autor

"A estigmatização de camadas sociais destituídas com o rótulo de *vadios* é um dado que percorre a história brasileira desde o período colonial, embora não com a freqüência e importância que iria adquirir mais tarde quando a urbanização também se intensificasse."[20]

Não é o que se verifica nas estatísticas policiais de Alagoas, razão pela qual, justamente sua baixíssima frequência, a vadiagem tem sido objeto de tão demorada atenção.

A exigüidade de dados sobre esse ilícito talvez conduza à percepção de outro traço profundo das relações de poder em Alagoas, que os documentos oficiais não conseguem ou não querem revelar Essa lacuna pode estar associada a diversos aspectos, entre os quais vale destacar, primeiro, o fato de que, como chama a atenção, mais uma vez, Boris Fausto, pela dinâmica econômica do período coberto, marcado por uma escassez urbana, esses crimes realmente não ocupassem a atenção das autoridades. No caso de São Paulo, objeto de estudo desse autor,

"Mesmo ao longo dos anos de 1870 a 1891 (...) o tema raramente ocupa as páginas dos relatórios de chefes de polícia e presidentes da província, e, quando surge, o tom condenatório é entremeado por notas

declarações falsas" (MAGGIE, Ivonne. *O medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992, p. 49).

20. FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 44 e 50.

de comiseração. O quadro se altera a partir da última década do século XIX."[21]

O segundo ponto a salientar, refere-se ao fato de que, a punição contra os *vadios* ou mendigos deve ter chegado, na época, a um ponto tal de banalidade que dispensava a instauração de inquéritos, embora isso não signifique que a observância da lei e a aplicação das punições cabíveis estivessem em desuso.[22]

E, por fim, ao contrário do que demonstram as pesquisas que cruzam as duas variantes, crime e cor, os relatórios se não desmentem, pelo menos ocultam essa tendência a perseguir e punir com mais freqüência os negros e outros grupos a ele associados tais como mulatos, cafuzos, mamelucos.[23]

É possível supor então que, ou os escravos se encontravam tão disciplinados e ciosos da lei, que temiam contrariá-la praticando delitos, ou a categoria *homens livres*, elemento que é maioria tanto nas estatísticas da população da capital, como dos crimes cometidos e julgados, precisa ser repensada.[24]

21. FAUSTO, Boris, op. cit., p. 51.

22. Vale a pena citar o trecho de um relatório divulgado logo após a abolição da escravatura, segundo o qual o chefe de Polícia efetivo é citado de forma elogiosa por ter tomado providências no sentido de "reprimir a vagabundagem, obrigando assim os libertos que se retirassem das fazendas a tomarem trabalho útil. Essas providências produziram salutar efeito porque, muitos que afluíram para a capital e centros populosos, tiveram de voltar aos trabalhos da agricultura a que estavam habituados" (relatório, 1888, p. 5-6).

23. No único mapa dos presos que se achavam recolhidos à cadeia de Maceió, datado de 1869, os dados são os seguintes: do total de 183 presos, apenas 13 são escravos, do sexo masculino; contra 163 homens livres. Nos poucos relatórios em que aparece uma estatística dos crimes praticados, quanto ao sexo e a cor, fica configurado que a responsabilidade pela maior parte dos delitos cabe aos homens livres.

24. No mapa da população do termo de Maceió, apresentado na fala que abriu a 1.ª sessão ordinária da 10.ª legislatura (08.03.1854), os homens livres (ambos os sexos), compõem 77,26% do total da população, contra 21,58% de escravos (1,16% é composto de estrangeiros). Já no censo posterior de 1876, referente a toda a província, as discrepâncias se mantêm: 89,69% dos 348.009 habitantes, eram compostos de homens livres, sendo que destes, apenas 25,50% eram brancos, os demais 64,19% restantes eram pardos

Caio Prado Junior em seu livro já citado, *Formação do Brasil Colonial,* no capítulo referente à vida social, destaca as marcas do tipo de escravidão que se implantou entre nós, da qual resultou por um lado, uma passividade nas relações do escravo com o senhor e, por outro, o paternalismo deste para com seus servos, que abrandará o contato entre essas duas categorias, sobretudo no âmbito doméstico: "O contato que o escravo doméstico mantém com seus senhores e com a sociedade branca em geral, é muito maior e muito mais íntimo. E é certamente por ele que se canalizou para a vida brasileira a maior parte dos malefícios da escravidão."[25]

No campo do trabalho, por exemplo, a presença do escravo terá reflexos profundos, uma vez que ele sempre foi servil, tanto naquelas atividades propriamente produtivas quanto no serviço doméstico. Desse modo, o campo reservado ao trabalho livre, torna-se bastante restrito, inclusive porque esses homens, mestiços e brancos, raramente concordavam em desempenhar atividades associadas à escravidão, tais como obras servis, artes mecânicas, serviços domésticos, entre outras. Uma margem muito reduzida de ocupações *dignas* é destinada aos homens livres. Poucas atividades não foram totalmente marcadas pelo estigma da escravidão. Restou, então, a esse segmento, algumas ocupações rurais, como feitor e mestre dos engenhos; e na cidade, o serviço público, as armas, o comércio e as profissões liberais, embora de acesso mais restrito. Além disso, a *vadiagem* era a alternativa que se apresentava a essa massa informe, situada nos interstícios da escala social: Entre estas duas categorias nitidamente definidas e entrosadas na obra da colonização comprime-se o número, que vai avultando com o tempo, dos desclassificados, dos inúteis e inadaptados; indivíduos de ocupações mais ou menos incertas, aleatórias ou sem ocupação alguma.[26]

Com base no exposto pode-se deduzir que, apesar de comporem a maioria da população alagoana, 89, 72% do total de 348.009 habitantes, segundo os dados do relatório de 1876, uma parte significativa desse percentual de homens livres era composta por essa camada indefinida que aspirava ascender socialmente, aproximando-se do segmento mais

(57,52%), pretos (4,85%) e caboclos (1,82%). Quanto aos escravos, entre 7,21% de pretos e 3,03% de pardos eles constituiam 10,24% da população.

25. Prado Junior, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 1996.

26. Idem, ibidem. p. 278 e 281.

legítimo, independente de sua cor, procedência e condições de existência. Trata-se, justamente do grupo que, pelas suas precárias condições de ocupação ou "desocupação permanente", estariam mais propensos à *vadiagem*, ao crime e, por conseguinte, às punições da lei.

Talvez resida aí, a explicação para a baixa incidência de escravos na prática dos crimes, o que não significa necessariamente que entre os praticantes contumazes não estivessem indivíduos de cor, oriundos dessa condição escrava ou que, pela sua baixa condição social, eram tratados como tal.

Antes de seguirmos adiante, acrescentaríamos a essa discussão em torno da variante cor/crime, alguns exemplos de delitos praticados em que escravos estiveram envolvidos, como vítimas ou como réus. Aliás, esses são as únicas notícias sobre crimes envolvendo escravos que foram mencionadas nos relatórios:

Entre os crimes cometidos nesse período contam cinco mortes praticadas por escravos, dos quais um era menor. As vítimas foram um senhor, um feitor, um menor e dois escravos. (Não faz referência ao local, nem à data exata [Relatório, 1857]).

No dia 13 de agosto, no distrito de São Bento, termo de Porto Calvo, suicidou-se o preto Benedito, escravo de João Francisco Lins Callaça. O subdelegado respectivo, para conhecimento da verdade, ordenou o depoimento de testemunhas que soubessem desse facto, e verificou não ter para elle concorrido pessoa alguma. (Relatório 31.10.1868).[27]

Em 15 (de fevereiro) na villa de Santa Luzia do Norte, desta comarca, o preto Joaquim, escravo de Manoel Joaquim da Silva Leão, assassinou a um parceiro de nome Germano. Foi e processado.

Em 30 o mesmo (junho) participou o negociante da cidade de Penedo, José Maria Gonçalves Pereira que fora roubado em quantia superior a 7:000$000 rs. A polícia prendeu a 4 escravos do mesmo que, reconhecidos como autores do facto, acham-se processados.

Em 12 do mesmo (setembro), no engenho Serra d'água, termo do Passo, amanheceu assassinada, Maria de tal. Está preso e processado o réu, que foi o preto Marcos, escravo do Dr. Affonso José de Mendonça.

27. Apenso 543 do Chefe de polícia Delfino Augusto Cavalcante de Albuquerque, em 17.10.1888.

Entre os factos graves do anno findo figuram três suicídios de escravos e seis mortes involuntárias por diversos desastres (Relatório, 05.05.1871).

No dia 10 de abril, no sítio Piedade, termo de Paulo Affonso, fora assassinado por um seu escravo, Pompeu Cidrão de Cerqueira Torres, conseguindo o delinqüente evadir-se (Relatório 07.06.1876).

Merece consideração também, o fato dessas notícias guardarem entre si, o tratamento comum dispensado aos réus, cuja ênfase na cor, desponta como principal elemento identificador e que neutraliza o sentido dos nomes próprios que aparecem em seguida. Em alguns casos, o estigma presente nessa forma de tratamento ressalta quando contrastado com a maneira como os *pacientes* ou proprietários dos réus são mencionados, ou seja, reconhecidos não apenas por expressões de tratamento que denotam poder, como pelo extenso sobrenome que carregam.

Falta mencionar também, os crimes de ofensa à religião e à moral, objeto principal de interesse, que surpreende pela pouquíssima quantidade de vezes que aparecem nos relatórios. Esse tipo de delito, de características desconhecidas, bem como as circunstâncias em que foram praticados, ocorreu apenas duas vezes ao longo do período analisado (1838/1888). A primeira delas foi em 1865, embora só notificado no relatório de 1870 e sem os detalhes do que teria ocorrido. No relatório aquele ano não se encontra qualquer referência a respeito. No total, sete pessoas foram acusadas, aliás, o mesmo número que marcou a prática desse mesmo delito, seis anos depois (1871), mas noticiado no relatório de 1874.

Segundo o professor Szklarrowski, que analisa crimes de discriminação e preconceito, no Código Penal do Império, onde esse tipo de delito estava prescrito, o que o caracteriza é a perseguição por motivos religiosos, desde que o sistema de crença em questão, apesar de não-oficial, não contestar a do Estado e não ofender a moral pública. A pena contra quem cometesse esse delito é a detenção de um a três meses.[28]

Coincidentemente ou não, a partir da fala que abriu a 1.ª sessão da 27.ª Legislatura, em 06.10.1888, onde ainda se encontram dados sobre os crimes cometidos, embora no curto período, entre 26 de abril e 21 de setembro do mesmo ano, os relatórios dos Chefes de Polícia com as

28. SZKALAROWSKI, Leon Fredja. Crimes de racismo. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, jul.-dez. 1997.

estatísticas criminais simplesmente desaparecem. Alguns governadores até lhe fazem menção na hora de anunciar o estado de tranqüilidade quanto à segurança individual e de propriedade, mas apenas com base nos documentos que dizem ter tido acesso, sem que os mesmos sejam anexados às suas mensagens como faziam os presidentes das províncias em suas respectivas mensagens.

4. Conclusão

Trata-se como se pode notar, de um novo período político, o qual preconizava a liberdade de costumes e leis mais brandas no que diz respeito à atuação do cidadão. O material consultado perde o seu valor documental e, qualquer tentativa de acompanhamento das estatísticas criminais no Estado, terá que recorrer a outras fontes.

A partir dos primeiros anos do séc. XX, são os jornais que divulgam expediente do Governo. A partir desse material, é possível recorrer às estatísticas criminais, já que ali se mantém a tradição de registrar os delitos praticados no Estado. Os dados ali contidos encontram-se desligados da responsabilidade governamental, apesar de conservar o estilo de relacionar os nomes dos infratores e os motivos pelo qual tinham sido presos.

A modalidade mais comum de crime, presentes nessas *Notas Policiais* eram as detenções para averiguações policiais, cuja definição é dificultada pelo fato de não se encontrar nem no próprio Código Penal 1890 qualquer referência ao assunto. Qualquer tentativa a esse respeito, terá que recorrer a documentos produzidos entre as primeiras décadas do séc. XX, marco histórico que escapa às demarcações temporais que aqui se procurou investigar.

Bibliografia

Almeida, Manoel Antonio. *Memórias de um Sargento de Milícias*. Brasília: UnB, 1963.

Altavilla, Jayme. *História da civilização das Alagoas*. Maceió: Edufal, 1988.

Brandão, Moreno. *Centenário da emancipação política de Alagoas*. (s/data; s/ed.).

Cardoso, Fernando Henrique. O Estado na América Latina. In: Pinheiro, Paulo Sergio (coord.). *O Estado na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: Cedoc, 1977.

_____. Dos Governos Militares a Prudente – Campos Sales. In: Fausto, Boris. *Brasil Republicano* 8. 4. ed. São Paulo: Difel, 1985.

DUARTE, José. Comentários à lei das contravenções penais. 2. ed. rev. e aum. Parte especial. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

ELIAS, Norbert. *Os alemães: A luta pelo poder e a evolução do* habitus *nos séculos XIX e XX*. Rio e Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ESPÍNDOLA, Thomaz. *Geografia alagoana ou descrição física, política e histórica da província de Alagoas*. Maceió: Typ. do Liberal, 1871.

FAUSTO, Boris, *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Problemas políticos brasileiros*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio. (s/data).

LIMA JUNIOR, Félix. *Maceió de outrora*. Maceió: Adufal, 2001. vol. 2.

LINDOSO, Dirceu *Utopia armada, rebeliões de pobres nas matas de tombo real*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

MAGGIE, Yvonne. *Medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1992.

MIRANDA, Guedes de. *Eu e o tempo*. Maceió: Deca, 1967.

PRADO JUNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. São Paulo: Brasiliense, 1980.

_____. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

PUBLICAÇÕES OFICIAIS. Relatórios dos presidentes da província de Alagoas (1835/1900). *The center for research libraries*. Latin American Microform Project. Brazilian Governmente Document Digitization Project. Hartness Guide, 1999. Site: <http://wwwcrl.uchicago.edu/info/brazil/index.html>.

REIS, João José & SILVA, Eduardo. *Negociação e conflito: a resistência negra no Brasil escravista*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

RIBEIRO, Lucio Ronaldo Pereira. *Da vadiagem e dos vadios*. Rio de Janeiro: UGfo, (s/data e local), (mimeo.).

SCHWARCZ, Lilia Motitz. *Retrato em branco e negro: jornais, escravos e cidadãos São Paulo no final do século XIX*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.

SZKALAROWSKI, Leon Fredja. Crimes de racismo. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, jul.-dez. 1997.

TENÓRIO, Douglas Apratto. *A tragédia do populismo: o impeachment de Muniz Falcão*. Maceió: Edufal, 1995.

_____. *Metamorfose das oligarquias*. Curitiba: HD Livros, 1997.

VASCONCELOS, Francisco José Ribeiro. *Aureliano coutinho no contexto da província Fluminense*. Petrópolis: IHP: Tribuna de Petrópolis, 2000.

VI SEÇÃO ESPECIAL

ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

1
A Defensoria Pública de São Paulo: um modelo inovador de assistência jurídica gratuita

THAIS A. SOARES

Socióloga. Doutora em Políticas Públicas/Área Social (Unicamp). Docente e pesquisadora da Uninove.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Vem se desenhando em São Paulo um modelo inovador na prestação de assistência jurídica através da Defensoria Pública. Criada em 2006, a instituição nasce sob uma concepção de forte vinculação com os direitos humanos e tem assegurada sua legitimidade através da parceria com os movimentos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública – Assistência jurídica.

ABSTRACT: An innovative model of legal assistance is being developed in Sao Paulo, through the Public Defender Office. Founded in 2006, the institution was created under the conception of a close connection with human rights and has secured its legitimacy by means of partnerships with social movements.

KEYWORDS: Public Defender Office – Legal assistance.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A concepção da Defensoria Pública de São Paulo – 2. A Estruturação da Defensoria Pública de São Paulo – 3. A atuação da Defensoria Pública de São Paulo – 4. Considerações finais – Bibliografia.

Introdução

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi criada pela LC 988/2006 atendendo, após quase 17 anos, a Constituição de 1988 que, no § 134, afirma ser a *Defensoria Pública*, "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV".

A pesquisa em andamento "A atuação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo" da qual deriva o presente artigo propõe-se a investigar a prática dessa instituição na defesa ampla dos direitos sociais da população carente de modo a conformar-se aos ideais de sua criação e consolidar-se como instrumento democrático-popular no exercício da cidadania. Trata-se de conhecer a forma como vem sendo prestada a assistência jurídica pela Defensoria Publica do Estado de São Paulo, endereçada a segmentos sociais carentes ou mais necessitados conforme previsto em lei. A hipótese de que a Defensoria Pública de São Paulo teria características que configuram um novo modo de assistência jurídica vem se confirmando nestes dois anos de sua existência a partir da concepção, estruturação e forma de atuar dessa Instituição.

1. A concepção da Defensoria Pública de São Paulo

A própria concepção da Defensoria Pública em São Paulo fugiu à regra da grande maioria das defensorias públicas do país. Em São Paulo, ela nasceu como um órgão autônomo, comprometida com a defesa dos direitos humanos. O processo de abertura política nos anos 80 no Brasil, em especial pós Constituição de 1988[1] e, o processo de democratização

1. No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, Piovesan (2008) observa que é a partir de 1985 com a democratização do país que o Brasil ratifica importantes tratados internacionais de direitos humanos. A ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi o marco inicial, seguindo-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.1990, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24.01.1992, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995, o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição

que se prolonga pela década de 90, assistiriam a ratificação de importantes tratados de direitos humanos. No entanto, tais tratados ainda não eram suficientemente conhecidos para favorecer a implantação de uma lei que viesse efetivar a aplicação dos direitos humanos como obrigação dos estados, através de um órgão dotado de competência para promover medidas judiciais e extrajudiciais. Essa instituição pública exigiria do próprio Estado não somente a abstenção de atos violadores dos direitos humanos mas, também, ações positivas voltadas para à promoção de políticas públicas sustentáveis e inclusivas, comprometidas com as reivindicações dos movimentos populares.

A conseqüência inequívoca seria a de ter dentro do aparato do Estado um órgão estatal, mas não governamental, uma instituição essencial à promoção da justiça, conectada estrutural e ideologicamente com as demandas populares, para dar vazão jurídica às reivindicações dos segmentos da sociedade civil, organizados em torno de carências comuns a seus membros, portanto, demandas que são evidentemente políticas. É a partir dessa orientação que a Defensoria de São Paulo se legitima pelo contato com a sociedade civil, atuando como sua parceira. Este foco nos direitos humanos desemboca, necessariamente, na prática democrática da instituição.

A concepção voltada à ampliação do acesso à Justiça[2] procurou agregar na instituição o que havia de mais novo: intervenção multidisciplinar, preocupação com a participação social, mediação, educação em direitos humanos, solução alternativa de conflitos e tutela coletiva. O posicionamento da Defensoria Pública face os direitos difusos e coletivos

da Pena de Morte, em 13.08.1996 o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21.08.1996, a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15.08.2001, o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20.06.2002, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28.06.2002, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27.01.2004, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27.01.2004, e o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11.01.2007.

2. Cappelletti, Mauro e Bryant, Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Fabris, 1988.

vem de encontro à concepção individualista que está na base de nossas leis em que o processo é construído a partir de uma concepção autor e réu, seja pessoa física ou jurídica, o que gera uma construção teórica do tipo das *Class Actions* dos Estados Unidos e da Ação Civil Pública no Brasil. Quando foi editada a primeira Lei de Ação Civil Pública no Brasil em 1985 não havia ainda um modelo consolidado de Defensoria Pública, o que só ocorre, de fato, em 1988.[3]

Nesse sentido, a LC federal 80/1994 que cria a Defensoria Pública da União, e dá diretrizes para as Defensorias Públicas dos Estados, se comparada com a LC estadual 988/2006, que cria a Defensoria Pública de São Paulo, mostra-se bem mais tímida do que a paulista. É o caso da estrutura da carreira prevista na LC federal 80/1994 nos mesmos moldes da estrutura vigente no Judiciário, deixando margem à formação de uma elite dentro da carreira, ao compor o órgão de 2.ª instância com os defensores mais antigos, assim como acontece na magistratura do Ministério Público onde os desembargadores e procuradores da justiça, compõem a elite dentro da carreira, tanto do ponto de vista salarial como de poder, revelando-se de difícil acesso. Na LC federal 80/1994, somente os defensores públicos de classe especial podem compor o conselho superior da instituição e se candidatar a defensor público geral, como é na Magistratura e no Ministério Público, o que significa impossibilidade de democracia interna na carreira. É nesse sentido que a Defensoria Pública de São Paulo se mostra, mais democrática que outras defensorias públicas estaduais. Qualquer defensor público com 08 anos de trabalho, pode ser defensor geral e, todos têm os mesmos direitos e deveres. Só o corregedor, deve estar no último cargo da carreira, numa forma de preservar a realização de suas tarefas.[4]

O processo das conferências regionais[5] para informar o Plano Anual de Trabalho da Defensoria coloca-se como mecanismo inovador dentro das instituições de justiça; é um instrumento de aproximação dos defen-

3. Contribuição das entrevistas com defensores públicos. Arquivo pessoal da autora.
4. Na hipótese do Corregedor ter nível inferior ao de um defensor com nível mais elevado na carreira, poderia haver a possibilidade de retaliação em concursos internos de promoção.
5. Entrevistas realizadas com defensores públicos foi apontado que em 2007, foram realizadas mais de quinze conferências, em todas as regiões do estado, com previsão de serem bianuais.

sores com lideranças de movimentos sociais, favorecendo o rompimento de barreiras que, tradicionalmente, separam os gabinetes da comunidade. Através desse contato, é possível uma interlocução; os defensores passam a conhecer a realidade e as nuances das reivindicações.

No Conselho Superior, com o poder normativo que disciplina as atividades da Defensoria Pública, há uma previsão legal do chamado "Momento Aberto", onde qualquer pessoa pode fazer uso da palavra.[6] É freqüente a presença de representantes de entidades nas reuniões do Conselho tais como movimentos de defesa da criança e do adolescente, movimentos de mulheres, movimentos de direitos humanos, de moradia, questões ambientais, praticamente todos os segmentos que abrangem tanto o interior como a Grande São Paulo e a Capital.

Outra prática democrática da instituição ocorre através da própria Ouvidoria. O ouvidor não é membro da instituição; é indicado pelo Conselho Estadual da Pessoa Humana e compõe o Conselho Superior.

A prestação de assistência jurídica não envolve apenas a propositura de ações judiciais. Pressupõe, também, orientação jurídica, e através da mediação e das práticas de conciliação, a Defensoria Pública tem conseguido diminuir o número de ações judiciais. Em Mogi das Cruzes, por exemplo, a Defensoria através de mediação, conseguiu diminuir bastante o número de ações na área da família, especialmente no que se refere a alimentos e separação. A prática mais usual de encaminhar, de pronto, um pedido de ação para alimentos, separação ou divórcio tem sido precedida da intimação do companheiro ou companheira para que também compareça à Defensoria Pública, em data determinada, quando é feito um trabalho de mediação. Na maioria das unidades de atendimento já se conta, atualmente, com pelo menos um psicólogo e um assistente social com agenda de mediação; esses profissionais, treinados pela entidade "Pró Mulher" com reconhecida experiência em mediação, tem conseguido bons resultados. O investimento nesse processo de mediação e conciliação vem sendo avaliado como importante, porque como se sabe, o Judiciário sobrecarregado pelo grande volume de trabalho, não consegue dar vazão à esses pleitos; assim, a demora na prestação jurisdicional significa de fato, a negativa da prestação jurisdicional. A partir do momento que há uma conciliação, há um documento de acordo assinado, e se algo não for cumprido desse acordo, o próximo passo é a execução.

6. Art. 29, § 4.º, da LC estadual 988/2006.

A experiência com o processo de indenização da cratera do Metrô,[7] é um registro desse tipo de acordos bem sucedidos, quando foram atendidas pela defensoria cerca de 70% das famílias que foram desalojadas, além de uma família de uma vitima fatal; foram obtidos cem por cento de acordos, considerados todos muito razoáveis para as vitimas que, dificilmente, teriam conseguido os mesmos valores se tivessem ingressado em juízo, além da rapidez no pagamento das indenizações.

2. A Estruturação da Defensoria Pública de São Paulo

Quanto à estruturação da Defensoria, o Relatório de Atividades encaminhado ao Tribunal de Contas do Estado em 30.03.2007[8] mostra com clareza, o empenho dos gestores na sua condução conforme as diretrizes que se anunciavam desde o Movimento pela sua criação e depois reafirmadas quando da criação da Defensoria Pública (LC estadual 988/2006). Lembre-se, conforme apontado no Projeto desta pesquisa, que já no evento de lançamento do Movimento pela Defensoria Pública em 2002 em São Paulo, foi entregue ao Procurador Geral do Estado o Anteprojeto de Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, como subsídio para a elaboração de um projeto pelo Estado a ser encaminhado à Assembléia Legislativa pelo Governador Geraldo Alckmin; esse documento, antecipava as diretrizes postas em prática a partir da criação da Defensoria Pública.

No primeiro ano de funcionamento (2006), a Defensoria Pública de São Paulo preocupou-se em imprimir as diretrizes e características[9]

7. Contribuição das entrevistas com defensores públicos. Arquivo pessoal da autora.
8. Esse Relatório revela todo o encaminhamento inicial dado pela Defensoria Pública reafirmando os compromissos estabelecidos quando ainda, da elaboração do Projeto de criação do órgão; aponta uma série de informações desde a estruturação do órgão, a indicação da manutenção dos compromissos assumidos anteriormente pela PGE – Procuradoria Geral do Estado como os convênios Pró Mulher Família e Cidadania (promoção da mediação, conciliação extrajudicial e atendimento multidisciplinar das partes em conflito de interesses) e OAB/SP (para pagamento dos advogados dativos atuantes na assistência gratuita), as atividades desenvolvidas pela Escola da Defensoria e ainda, aquelas voltadas ao atendimento gratuito da população.
9. De acordo com o anteprojeto, elaborado por um grupo de Procuradores, dentre os quais alguns dos atuais gestores, a Defensoria Pública de São

tanto na estruturação do órgão, quanto nas atividades. No mesmo ano, foi editado o ato normativo 03, que dispõe sobre a estrutura[10] e funcio-

Paulo, deveria possuir as seguintes características:
1. *Prestar, de forma descentralizada, assistência jurídica integral às pessoas carentes, no campo judicial e extrajudicial;*
2. Defender os interesses difusos e coletivos das pessoas carentes;
3. *Assessorar juridicamente, através de núcleos especializados, grupos, entidades e organizações não-governamentais, especialmente aquelas de defesa dos direitos humanos, do direito das vítimas de violência, das crianças e adolescentes, das mulheres, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, dos povos indígenas, da raça negra, das minorias sexuais e de luta pela moradia e pela terra;*
4. *Prestar atendimento interdisciplinar realizado por defensores, psicólogos e assistentes sociais. Estes profissionais também devem ser responsáveis pelo assessoramento técnico aos defensores, bem como pelo acompanhamento jurídico e psicossocial das vítimas de violência;*
5. *Promover a difusão do conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico;*
6. *Promover a participação da sociedade civil na formulação do seu Plano Anual de Atuação, por meio de conferências abertas à participação de todas as pessoas;*
7. *Implantar Ouvidoria independente, com representação no Conselho Superior, como mecanismo de controle e participação da sociedade civil na gestão da Instituição;*
8. *Estabelecer critérios que, no concurso de ingresso e no treinamento dos defensores, realizado durante todo o estágio confirmatório, garantam a seleção de profissionais vocacionados para o atendimento qualificado às pessoas carentes;*
9. Ter autonomia administrativa, com a eleição do Defensor Público Geral para mandato por tempo determinado;
10. Ter autonomia orçamentária e financeira, utilizando-se dos recursos do FAJ/Fundo de Assistência Jurídica.

10. Instalação dos órgãos da Administração Superior da Defensoria Pública, Coordenadoria Geral da Administração cujo: papel é de supervisão técnica dos serviços administrativos da Defensoria, incluindo-se questões referentes aos recursos humanos, finanças e compras; Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa com a atribuição de administrar e manter atualizado o site da Defensoria, elaborar *clipping* diário das principais notícias da Defensoria Pública do Estado nos meios de comunicação impressos e desenvolver um informativo para defensores públicos e funcionários sobre questões relativas à gestão da instituição, atuando no contato com os meios de comunicação, intermediando entrevistas e disponibilizando notícias da atuação de órgãos de gestão e dos defensores públicos e núcleos especia-

namento dos órgãos da Defensoria, e providenciada junto à Secretaria de planejamento, a criação das UGE's – unidades gestoras executoras e UGO's – unidades gestoras orçamentárias, da Defensoria. Ainda em 2006, a gestão dos recursos atinentes ao Fundo de Assistência Judiciária ficou a cargo da procuradoria Geral do Estado. No ano seguinte, a Proposta Orçamentária para 2007[11] previa a continuidade das obrigações firmadas pela Procuradoria de Assistência Judiciária para 2007 e os recursos para a estruturação da Defensoria tais como, locação de imóveis, compra de mobiliário, material de informática, instalação de rede, desenvolvimento de softwares, contratação de consultorias para implementação de projetos de gestão administrativa e da atividade-fim da instituição. Essas consultorias foram contratadas com a Fundap – Fundação para o Desenvolvimento da Administração Pública para fornecer subsídios para o estabelecimento das premissas institucionais e diretrizes estratégicas da instituição, delineamento do modelo organizacional, revisão do quadro de pessoal de apoio, formulação de plano de gestão da informação, e projeto de melhoria do atendimento à população; e, com a Fundação Seade, vinculada à Secretaria de Economia e Planejamento, a consultoria esteve voltada para elaboração de diagnóstico sobre processos organizacionais (tempos médios e fluxos de procedimentos, base de dados, sistemas de informações e controle) da prestação da assistência jurídica no Estado de São Paulo, realizada diretamente pela Defensoria Pública e pela PAJ – Procuradoria de Assistência Judiciária e, também por meio de convênios além de identificar bases e parâmetros para construir instrumentos de coleta de informações e indicadores de monitoramento e avaliação periódica dos serviços de assistência jurídica prestados no Estado.

A LC estadual 988/2006 que criou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previu um período de transição das atividades que vinham

lizados; Coordenadoria de Tecnologia da Informação com atuação voltada ao acesso aos sistemas de pagamento aos advogados e peritos, contatos com o sistema estratégico de informações e rede Intragov, subordinados à Casa Civil, para a inserção da Defensoria na rede de tráfego de dados, voz e vídeo das secretarias e Órgãos da administração estadual e, avaliação dos sistemas utilizados pela Procuradoria de Assistência Judiciária para aperfeiçoamentos; e Escola da Defensoria.

11. A Proposta Orçamentária para 2007 foi encaminhada em 31 de julho através do sistema informatizado próprio, já implantado, sendo que a entrega formal ao Governador ocorreu em 14 de agosto.

sendo prestadas há 50 anos, pela Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, através de seus procuradores ou, indiretamente, através de convênios para o âmbito da Defensoria Pública. Assim, foi facultada aos procuradores do Estado a opção de continuarem prestando serviços à PAJ – Procuradoria de Assistência Judiciária ou migrarem, em caráter definitivo e irretratável, para a nova instituição. Dos 351 procuradores classificados na área da Assistência Judiciária, 87 optaram pelo exercício profissional na Defensoria Pública. Foi previsto o prazo de 12 a 24 meses a partir da vigência da lei, para os procuradores de assistência judiciária continuarem no exercício de suas atribuições, de forma que as atividades-fim da Defensoria Pública foram compartilhadas com a Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado. Quanto aos funcionários que atuavam na Assistência Judiciária há dois anos do início de vigência da Lei, permaneceram prestando serviços à Defensoria Pública, sendo que a Lei fixou o prazo de 18 meses para envio de projeto de lei pelo Executivo Estadual estruturando o quadro de apoio próprio da Defensoria Pública.

O 1.º Concurso Público de Ingresso na Carreira de defensor público do Estado foi iniciado em agosto de 2006 e buscou o provimento de parte dos cargos tendo em vista a substituição dos procuradores que ainda atuavam na Assistência Judiciária. A posse se daria em maio de 2008.

A concepção de que o acesso à Justiça inclui condições de oferecer resposta socialmente justa que não se reflete no volume de processos, mas decorre de uma reforma cultural, do ensino jurídico, reforma educacional portanto, orientou, num primeiro momento, a idéia de associar às matérias jurídicas, também questões de filosofia, direitos humanos, sociologia, e ciência política no concurso de ingresso e, compor a banca para seleção de candidatos com profissionais de fora da carreira jurídica. No entanto, divergências internas não permitiram avançar nessa direção. Hoje já se pode observar[12] que a maioria dos concursados foi selecionada dentro dos padrões dos *cursinhos* jurídicos, ou seja, com o perfil muito próximo daquele para seleção de promotores e juízes. Sendo concursos exigentes, boa parte dos aprovados já se exonerou, para prestarem concursos para os cargos de juízes ou promotores cujo salário de ingresso é quase quatro vezes superior. Outra observação se refere ao perfil dos defensores aprovados nos concursos que pode ser identificada

12. Contribuição das entrevistas com defensores públicos. Arquivo pessoal da autora.

como sendo de operador sem vivência profissional, ou seja, um perfil muito jovem. Neste perfil, enquadra-se mais de três quartos da carreira e que não acompanhou a trajetória da luta pela criação e estruturação da Defensoria Pública. Uma situação que corresponde a cerca de trezentas e treze defensores identificados como um grupo mais conservador, mais apegado ao modelo convencional das instituições de Justiça e enfim, que faz a critica à postura diferenciada, que tanto se luta para construir.

De fato, a questão salarial não tem merecido a devida atenção pelo governo e a Defensoria vem perdendo parte de seus quadros; afinal, quem julga, quem acusa, não deve ter remuneração superior àquele que defende. No primeiro ano de existência, a perda chegou a mais de 10% da carreira e, até o momento, estima-se uma perda de algo como 25% dos aprovados.

A Escola da Defensoria Pública iniciou, no primeiro ano, basicamente, as atividades de planejamento e, em dezembro ofereceu o primeiro curso que teve por tema a Lei Maria da Penha, suas perspectivas histórica, social, política e psicanalítica, além dos aspectos jurídicos do novo diploma. Ainda está se estruturando administrativamente; tem apenas quatro funcionários mas atua na recepção dos novos defensores com palestras por duas semanas, e atividades diversas, como incentivo para cursos de especialização, pós-graduação, e mesmo despesas para pagamento de livros para os defensores. Pretende-se que a Escola venha formar defensores com noções em direitos, podendo atuar em questões coletivas ou, ainda, em problemas específicos que não se resolvem com uma interlocução mais estreita.

Por fim, quanto aos recursos para funcionamento da Defensoria, os recursos do Tesouro cobrem as despesas com pessoal e o FAJ – Fundo de Assistência Judiciária, cobre as despesas dos convênios, estrutura, servidores e quadro de apoio. Há setenta e oito servidores comissionados, sessenta e três servidores cedidos pela PGE – Procuradoria Geral do Estado. O quadro de apoio tem trezentos e trinta e três cargos efetivos e trinta e cinco comissionados que estão cobrindo toda a parte administrativa além da interdisciplinar. Não sendo possível ter no quadro próprio um assistente social e, um psicólogo para cada regional, esses profissionais serão incorporados através da prestação de serviço via entidades diversas. O modelo de Defensoria Pública em implantação em São Paulo considera estratégica a presença desses profissionais; é de fato o olhar psico-social na intervenção jurídica. O convênio com a entidade Pró-Mulher que já vinha da época da PAJ – Procuradoria de Assistência

Judiciária, foi ampliado para todo o Estado tendo cerca de oitenta psicólogos e assistentes sociais prestando serviço em regionais com resultados avaliados como positivos.

3. A atuação da Defensoria Pública de São Paulo

As atividades voltadas ao atendimento da população menos favorecida socioeconomicamente vem abrangendo todas as áreas do Direito de competência da Justiça Estadual, incluindo a atuação nos tribunais superiores. Na Capital do Estado, o atendimento está estruturado na Defensoria Regional Criminal e em outras 4 Defensorias regionais. Na Grande São Paulo, a Defensoria está estruturada em 4 Regionais e, no interior, em 12 Regionais. Os dados estatísticos a respeito desse atendimento ainda não estão sistematizados. É importante destacar, a partir de 2007, a atuação da Defensoria nas demandas sociais coletivas como em várias ações referentes à questões habitacionais, dentre outras. Atua nas áreas cível (compreendendo Direito de família e das Sucessões em geral e as ações relativas ao Direito Civil), área criminal, infância e juventude e execução criminal.[13]

13. Ações relativas ao Direito de Família e das Sucessões em Geral referem-se às separações judiciais, divórcios, união estável, buscas e apreensões pensão alimentícia, guarda e regulamentação de visitas de menores, investigação de paternidade, inventários, arrolamentos, alvarás, tutelas, curatelas, interdições, declarações de ausência, suprimentos de idade e de consentimento.
Ações relativas ao Direito Civil referem-se às possessórias, reivindicatórias, indenizatórias, locatícias, consignatórias, de execução, anulatórias, de extinção de condomínio, alienação judicial, de depósito, de cobrança, direito do consumidor, medidas cautelares em geral, mandados de segurança etc
As ações na área criminal referem-se às contravenções penais e crimes de competência da Justiça Comum e Militar Estaduais, à defesa em processos administrativos disciplinares, mediante solicitação de Comissões Processantes Permanentes ou órgãos municipais.
As ações na área da Infância e Juventude compreende a defesa dos adolescentes autores de atos infracionais, com processos tramitando nas Varas Especiais da Infância e Juventude e no Departamento de Execuções.
As ações na área de execuções criminais compreende a defesa dos reeducandos com processos tramitando nas Varas de Execuções Criminais, formulando-se o requerimento dos benefícios (progressão de regime), quando cabíveis. (<www.defensoria.sp.gov.br>)

Coerente com a nova estruturação do órgão, e com as finalidades para as quais foi criada, a Defensoria Pública conta, até o momento, com a implantação de cinco núcleos especializados: Direitos Humanos e Cidadania, Infância e Juventude, Habitação e Urbanismo, Segunda Instância e Tribunais Superiores e Situação Carcerária. Outros núcleos não puderam ser, ainda, instalados como, por exemplo, o do idoso, da mulher, ou mesmo, o núcleo de direito do consumidor. Isto porque a Defensoria Pública de São Paulo fez uma clara opção ao planejar o cronograma de implantação dos núcleos especializados, iniciando com aqueles identificados com as demandas sociais mais prementes. Reconhece-se a importância de dar voz aos direitos das mulheres, a alguns grupos discriminados quanto à cor, orientação sexual e outras questões importantes para a democratização da sociedade brasileira; da mesma forma, o direito do consumidor, embora seja entendido como uma questão importante, ainda não se coloca dentro da dimensão dos direitos a serem garantidos como forma de reduzir as desigualdades sociais, por essa razão não está, ainda, entre as prioridades na estrutura dos núcleos.

Note-se que, em outras defensorias estaduais, o núcleo é um órgão de execução, ou seja, reúne os defensores que atuam em determinada área. Em São Paulo o núcleo é uma estrutura de intermediação interna para demandas externas; é a porta de entrada das demandas encaminhadas em reuniões com movimentos populares das várias áreas. Viabiliza, assim, não somente a propositura de ações protegendo direitos difusos e coletivos como, também, a orientação aos movimentos populares. Além disso, reúne e disponibiliza aos defensores informação qualificada quanto às especificidades técnicas das matérias tratadas, facilitando e agilizando o trabalho. Isto se aplica ao caso das crescentes reintegrações de posse promovidas pela Prefeitura de São Paulo em áreas públicas. O conhecimento, em detalhe, das instituições normativas da Prefeitura tem permitido o questionamento pela Defensoria Pública da base legal que autoriza as Subprefeituras desocuparem e derrubarem barracos,[14] sem ordem judicial.

14. A partir de agosto de 2006 iniciaram-se tratativas com entidades civis que atuam na área de moradia para a preparação de evento em 2007, que buscou oferecer informações à população carente e, atendimento coletivo. Para a preparação do evento defensores públicos visitaram a Favela do Moinho, Vila Itororó, Jardim Celeste. O Núcleo de Habitação e Urbanismo moveu ação civil pública em 19 de dezembro em favor dos moradores do casarão que desabou na Av. Liberdade no dia 16 de dezembro, obtendo liminar

No caso do Sistema Prisional[15] por meio da Coordenadoria de Assistência Jurídica ao Preso, a Defensoria Pública vem apresentando pedidos de remoção de presos em situação irregular junto às Corregedorias dos Presídios à Corregedoria Geral de Justiça. Na Grande São Paulo, foi feito o levantamento de casos de doentes mentais presos aguardando vaga para transferência a Hospitais psiquiátricos. Foram ajuizados habeas corpus solicitando a transferência imediata ou soltura dos presos.

Efetivar o acesso à justiça ao contingente de população carente do Estado de São Paulo significa precisar atender uma demanda expressiva, estimada em 15 milhões de cidadãos. Como a estrutura da Defensoria ainda não tem condições de atendimento tão amplo, considerando-se a expressiva demanda reprimida, terá por essa razão, que conviver com as parcerias dos convênios, amplamente criticadas, tanto pelos custos que representam aos cofres públicos como por atuarem com profissionais não concursados, insuficientemente preparados e cujos serviços por eles prestados não são fiscalizados.

Entendendo ser provisória esta forma de atuação, por certo a Defensoria Pública estará imprimindo maior exigência às parcerias. No entanto, a hipótese que aqui se levanta é que dentre os obstáculos que retardaram a criação da Defensoria Pública, os interesses corporativistas, em especial, representados pela OAB/SP impuseram características próprias ao atendimento, de difícil desmobilização no médio prazo, até mesmo pelo volume de serviços prestados. Além disso, a perspectiva

que ordenava ao Estado a concessão de benefício de locação social para as famílias desabrigadas. Em 28 de dezembro foi ajuizada ação civil pública em favor de moradores da Favela Boa Esperança, requerendo o reconhecimento da concessão de uso especial para moradia das famílias, ou sua inclusão em programa de financiamento de habitação popular. Na mesma data de 28 de dezembro,a Defensoria Pública assinou termo de ajustamento de conduta com a Ceagesp para que esta indenize as famílias da Favela do Moinho que tiveram seus bens destruídos pelo desabamento de um muro de propriedade da Ceagesp. Foram realizados, ainda, 20 acordos individuais.

15. O Núcleo da Situação Carcerária apresentou sugestões ao Conselho Nacional de política Criminal e Penitenciária quanto à formulação do Decreto Presidencial que estabelece as regras para o indulto natalino, o que foi fundamental para o fim do indulto condicional, pelo qual o preso passava por um período de prova de 24 meses. Encaminhou, ainda, ao Tribunal de Justiça, pedido de revisão das normas administrativas para que seja submetida a concurso, a titularidade das Varas de Execução Criminais, então ocupadas por magistrado designado.

de padronizar o atendimento hoje pulverizado pelos vários municípios paulistas, dentro da moderna concepção da Defensoria Pública poderá significar esforços não oportunos, se se pretende a desmobilização dos convênios, num dado horizonte de tempo.

A idéia, ainda em discussão na Defensoria Pública de São Paulo é que futuramente, haja um processo de transição do atual modelo partilhado para outro modelo que venha envolver, por exemplo, as universidades cujos cursos de direito poderiam contribuir com uma parcela muito grande de ações como em casos de alimentos e família, que consomem algo como 70 a 80% da demanda da área cível e é onde a Defensoria despende grande parte dos recursos do convênio. Assim, a Defensoria poderia dedicar-se à coordenação de ações mais complexas, questões de propriedade, de liberdade, formando parcerias para algumas questões menos complexas e que envolvem ações individuais. Mas, não há no momento, nenhuma pretensão ou possibilidade de suspender o convênio com a OAB, dada a dimensão da demanda, mesmo que por vezes mal atendida.

4. Considerações Finais

O longo percurso de luta para a criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo resultou num projeto de atendimento que se firma em bases democráticas na forma de estruturar a instituição, de planejar sua atuação e de prestar a assistência jurídica, configurando um modelo inovador dentre as defensorias públicas em funcionamento no país.

A estrutura moldada em Núcleos abertos à demanda popular e fonte de informação qualificada para agilizar o trabalho dos defensores, o "Momento Aberto" no Conselho Superior para dar voz às lideranças de movimentos sociais que trazem constantes reivindicações, as Conferências Regionais para informar o planejamento, bem como os procedimentos da mediação para solução alternativa de conflitos, de fato, colocam-se como exemplos de mecanismos inovadores dentro das instituições de justiça.

No entanto, este processo de implantação da Defensoria Pública de São Paulo ainda não está consolidado. As diretrizes democráticas internas à instituição estão sendo absorvidas pelos novos defensores concursados não sem resistências; se há possibilidades reais de promoção na carreira, por outro lado, as jornadas de trabalho superiores àquelas habituais no judiciário de maneira geral, os salários defasados em relação aos de início

de carreira de juízes e promotores não podem ser desconsiderados como desestimuladores na permanência desses profissionais. E resta também, equacionar a questão da qualidade na prestação da assistência através de convênios, em especial com a OAB/SP cujo poder político-corporativo se assenta na expressiva demanda atendida. Com o quadro atual de defensores, a instituição não tem condições de desmobilizar essa forma de atendimento no curto prazo.

A pesquisa, por certo, está em andamento, o que aponta para um horizonte ainda a decifrar: como consolidar este modelo inovador que resultou de propostas progressistas na sua concepção considerando as dificuldades já visíveis em apenas dois anos de operacionalização?

Bibliografia

Boletins Eletrônicos. *Movimento pela criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo.*

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1988.

Defensoria Pública. *Entrevistas com defensores.* Arquivo da autora. 2008.

Governo do Estado de São Paulo. Lei Complementar 988/2006. *DO* 10.01.2006.

Governo do Estado de São Paulo. Defensoria Pública do Estado. *Histórico e Atuação.* 2007 (mimeo).

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Defensoria Pública. *Relatório de Atividades.* 2006.

Piovesan, Flavia. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* 1/105-130, 2008.